

Kvantitativ reduksjon av et kontraktsarbeid etter NS 8405/06/07

Universitetet i Oslo



Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 714

Leveringsfrist: 25.04.2012 kl. 12:00

Til sammen 14 240 ord

24.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og avgrensning	1
1.2	Rettskildebildet	3
1.3	Det videre opplegget	6
<u>2</u>	<u>GENERELT OM ENDRINGS- OG AVBESTILLINGSREGLENE I NS 8405</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	Utgangspunkt	7
2.3	Hensyn	10
<u>3</u>	<u>REDUKSJON I OPPDRAGETS OMFANG SOM IKKE SKYLDES PÅLEGG FRA BYGGHERREN</u>	<u>13</u>
3.1	Innledning	13
3.2	Reduksjon i kontraktssummen som følge av avvik i regulerbare masser	14
3.3	Reduksjon av oppdragets omfang gjennom bruk av regningsarbeid	22
<u>4</u>	<u>MATERIELLE BEGRENSNINGER I BYGGHERRENS KOMPETANSE TIL Å REDUSERE OPPDRAGET</u>	<u>23</u>
4.1	Innledning	23
4.2	Grensen mellom byggherrens endringskompetanse og byggherrens avbestillingskompetanse	23
4.3	Forbudet mot å sette bort arbeid til andre entreprenører etter bestemmelsen i punkt 38.1 femte ledd	24

4.4	Er det grunnlag for innskrenkende fortolkning av reduksjonskompetansen?	28
4.4.1	Kontraktpartenes lojalitetsplikt	30
4.4.2	Er det grunnlag for å tolke endringskompetansen innskrenkende der byggherren setter et kontraktsarbeid bort til en annen entreprenør etter overtakelse?	32
4.4.3	Er det adgang til å redusere oppdraget ved bruk av endringskompetansen for å så utføre arbeidet selv?	39
4.4.4	Er det adgang til å sette bort arbeid til andre entreprenører gjennom bruk av avbestillingsreglene?	41
4.5	Bør det oppstilles strengere krav til reduksjonskompetansen?	45
5	<u>RETTSVIRKNINGER AV AT KOMPETANSEN OVERSKRIDES</u>	48
5.1	Innledning	48
5.2	Brudd på forbudet mot å sette bort arbeid til andre entreprenører i punkt 38.1 femte ledd	48
5.3	Konsekvenser av endringspålegg som er i strid med lojalitetsplikten	49
6	<u>REGISTER</u>	51
6.1	Standardkontrakter	51
6.2	Lover	51
6.3	Forarbeider	51
6.3.1	Odelstingsproposisjoner	51
6.3.2	Norsk offentlig utredninger	52
6.3.3	Fellesnordiske forarbeider	52
6.4	Avgjørelser	52
6.4.1	Høyesterett	52
6.4.2	Lagmannsretten	52
6.5	Litteratur	52

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og avgrensning

Oppgavens tema er den kontraktsrettslige regulering av situasjoner der et entrepriseoppdrag reduseres i volum i forhold til det opprinnelig avtalte omfang.

Entreprisekontrakter er en type tilvirkningskontrakt som kjennetegnes ved at ytelsen som skal presteres ikke eksisterer på tidspunktet for kontraktsinngåelsen. Innenfor de fleste områder av produksjon vil man finne eksempler på tilvirkningskontrakter. En entreprise defineres gjerne som oppføring eller forandring av bygninger eller annet på fast eiendom.¹ Det avgrenses derfor mot offshoreentrepriser og andre fabrikkasjonskontrakter.

Entrepriseoppdrag har tradisjonelt vært organisert på to forskjellige måter, enten som utførelsesentreprise eller som totalentreprise.² Ved utførelsesentrepriser er det byggherren som har ansvaret for prosjekteringen, mens entreprenøren står for den fysiske utførelsen av arbeidet. Ved totalentrepriser har entreprenøren ansvaret for både prosjekteringen og utførelsen. Norsk Standard har utviklet standardkontrakter som regulerer avtaleforholdet mellom entreprenøren og byggherren ved de forskjellige organisasjonsformene.³ Denne oppgaven tar for seg tre standardkontrakter. NS 8405 til bruk i tradisjonelle utførelsesentrepriser, NS 8407 som brukes i totalentrepriser og NS 8406 som er en forenklet byggekontrakt for mindre utførelsesentrepriser. Standardkontraktene er laget for entrepriser der aktørene er profesjonelle. Forbrukerentrepriser reguleres av bustadoppføringslova, som det avgrenses mot i denne oppgaven.

¹ Se Ussing, Enkelte kontrakter (1946) s. 397

² Marthinussen, NS 8405 med kommentarer (2010) s. 46

³ For mer informasjon om Norsk Standard, se www.standard.no

Entreprisekontrakter er utpreget dynamiske. Avtalen blir som regel inngått på et tidspunkt der detaljprosjekteringen ikke er ferdig. Det er derfor av sentral betydning for byggherren at kontrakten inneholder mekanismer for å kunne endre oppdragets utførelse etter at kontrakten er inngått. En endring kan gå ut på å endre ytelsens kvalitet, karakter, art, eller utførelse.⁴ Den kan også gå ut på å redusere eller øke oppdragets omfang. Denne oppgaven vil kun behandle kvantitative reduksjoner av et oppdrags omfang.

Et kontraktsarbeid kan reduseres i forhold til det opprinnelig avtalte volumet på to måter. Den ene måten er at byggherren pålegger entreprenøren å ikke utføre arbeid som var en del av den opprinnelige kontrakten. Alternativ nummer to er at andre forhold enn byggherrens pålegg fører til at oppdragets volum reduseres. Reduksjoner uten pålegg fra byggherren kan typisk skje der kontrakten opererer med såkalte regulerbare poster og de faktiske medgåtte mengder ved den endelige avregningen viser seg å være lavere enn det opprinnelig estimerte forbruket.

Endrings- og avbestillingsreglene er de to kontraktmekanismene i NS 8405/06/07 en byggherre har for å pålegge reduksjon av omfanget av et normalt entreprisepdrag, der det ikke foreligger mislighold fra entreprenørens side.

Barbo deler kompetansen til å pålegge endringer inn i tre spørsmål.⁵ For det første er det spørsmål om kompetansens materielle side: hva går kompetansen ut på og når kan den utøves? Videre er det et spørsmål om de personelle vilkår, altså hvem som kan utøve kompetansen. Til slutt er det spørsmålet om hvilken prosedyre som må følges. Det siste utgjør kompetansens formelle side. Denne oppgaven vil utelukkende fokusere på kompetansens materielle vilkår og begrensinger. For en oversikt over de personelle og formelle vilkår vises det til Barbo.⁶

⁴ NS 8405 punkt 22.1 andre ledd

⁵ Barbo, Kontraktsomlegging i entrepriseforhold (1997) s. 63

⁶ Barbo (1997) s. 99-111

NS 8405/06/07 regulerer reduksjoner av kontraktens volum på lik måte. Bestemmelsene i de tre standardene er innholdsmessig like, men nummereringen av bestemmelsen er forskjellige. Språklig sett er det enkelte ubetydelige forskjeller slik som benevnelsen av entreprenøren. Som følge av likheten mellom standardene vil det av fremstillingstekniske årsaker kun refereres til bestemmelsene i NS 8405. Visse problemstillinger er ikke relevante for totalentrepriser etter NS 8407. Der dette er tilfellet vil det påpekes. Der det ikke påpekes forskjeller mellom kontraktene kan det legges til grunn at problemstillingene som drøftes med referanser til bestemmelser i NS 8405 er sammenlignbare i NS 8406 og NS 8407.

Oppgaven avgrenses mot andre kontraktsrettslige regler om reduksjon eller bortfall av kontraktsforpliktelser, slik som ugyldighetsregler, hevingsadgang, oppsigelsesregler, avtalerevisjon etter avtaleloven § 36 og den ulovfestede lære om bristende forutsetninger.

Før jeg går nærmere inn på oppgavens tema vil jeg gi en kort oversikt over rettskildebildet for entreprisekontrakter.

1.2 Rettskildebildet

Entreprisekontrakter kan inngås særskilt for det enkelte oppdrag. Grunnet kompleksiteten ved større entrepriseoppdrag vil dette imidlertid være en både tid- og kostnadskrevende prosess. For entrepriser er det derfor av organisasjonen Norsk Standard utarbeidet standardkontrakter til bruk mellom de forskjellige aktørene.⁷ Standardkontraktene er en bransjeoverenskomst. De er derfor et resultat av flere kompromisser mellom de ulike interessene som de forskjellige aktørene i en entreprise representerer.

Byggherren og hovedentreprenøren er de sentrale aktørene i en entreprise. Men mange andre aktører kan også være involvert i arbeidet. Både arkitekter, leverandører og underentreprenører vil som regel ha en plass i en større entreprise. Norsk Standard har

⁷ For mer om standardisering av entreprisekontraktsvilkår i Norge, se Barbo (1997) kapittel 2.2

utarbeidet standardkontrakter som regulerer byggherren og entreprenørens forhold til også disse partene, men disse kontraktene faller utenfor denne oppgaven.

Det er ingen lov som supplerer entreprisekontrakter mellom profesjonelle parter. Bustadoppføringslova regulerer kun entrepriser der byggherren er en forbruker.⁸ Entrepriseretten er en del av obligasjonsretten og må tolkes og utfylles ved hjelp av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.⁹

Dersom det kan påvises en felles forståelse av hvordan kontrakten skal tolkes vil dette være avgjørende. I mangel av holdepunkter for en felles forståelse vil kontraktens bestemmelser måtte tolkes ut fra det objektive tolkningsprinsipp.¹⁰ Høyesterett har uttalt følgende om fortolkningen av NS 3431:

*"Det foreligger ingen holdepunkter for at partene har hatt noen felles forståelse av disse bestemmelsene. Spørsmålet om hvordan kontraktsforholdet mellom partene skal forstås, må da avgjøres ut fra en objektiv fortolkning av bestemmelsene. Det at bestemmelsene må tolkes objektivt, innebærer imidlertid ikke at de utelukkende skal tolkes ut fra hva en naturlig språklig forståelse av bestemmelsene tilsier. Bestemmelsenes ordlyd må blant annet leses i lys av de formål de skal ivareta, og andre reelle hensyn."*¹¹

Av utsagnet over kan det utledes at den naturlige språklige forståelsen av ordlyden vil ha stor vekt ved tolkningen av kontrakten. Ordlyden vil imidlertid ikke alltid i seg selv være avgjørende. Ved tolkningstvil må det ses hen til bestemmelsens formål og andre reelle hensyn. Hvor mye som skal til for å velge et tolkningsalternativ som avviker fra en naturlig forståelse av ordlyden ble kommentert av Høyesterett i en sak om fortolkningen av NS 8401:¹²

⁸ Bustadoppføringslova § 1

⁹ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2003) s. 66-72

¹⁰ Se Woxholt Avtalerett (2006) s. 402 og 403

¹¹ Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44

¹² NS 8401, Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag.

*"For kontrakter mellom profesjonelle parter må det foreligge sterke grunner for å fravike det tolkingsalternativ som følger av en naturlig forståelse av ordlyden, jf. Rt-2000-806, 2002 side 1155 og 2003 side 1132. Dette gjelder i særlig grad for spørsmål som er regulert av standardkontrakter som er blitt til ved forhandlinger mellom interesseorganisasjoner."*¹³

Høyesterett har her oppstilt en standard der det skal sterke grunner til for å velge et tolkningsalternativ som avviker fra den naturlige forståelsen av ordlyden.

Det finnes ingen offisielle forarbeider til kontraktene. Forarbeidene til bustadoppføringslova og håndverkertjenesteloven kan imidlertid være relevante ved tolkningen av kontraktene. Reguleringene i disse lovene er riktignok preget av spesielle forbrukerhensyn som ikke kan gjøres gjeldende mellom profesjonelle parter. Forarbeidene til lovene tar likevel stedvis opp generelle entrepriserettslige poenger, og vil således kunne tillegges vekt også ved tolkning av entreprisestandarder til bruk mellom profesjonelle parter.

Rettspraksis er relevant ved tolkningen av kontraktene på lik linje som ellers i kontraktsretten, men det er begrenset med praksis fra de alminnelige domstolene om entrepriskontrakter. Bakgrunnen for dette er at mange tvister enten løses gjennom forhandlinger, eller gjennom voldgift. Voldgiftsdommer publiseres sjelden og vil derfor ha begrenset betydning.

NS 8405 er den siste standarden i en lengre rekke standardkontrakter som regulerer utførelsesentreprise. Den ble sist revidert i 2008. NS 8405 bygger igjen på tidligere standardkontrakter slik som NS 3430 og 3401. Avgjørelser og teori om de tidligere standardene er derfor relevante ved tolkningen av NS 8405. NS 8407 er den siste standarden i rekken av kontrakter som regulerer totalentreprise. Den avløser den tidligere NS 3431.

¹³ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59

NS 3430 skilte seg fra de tidligere kontraktene. Mens forgjengerne i stor grad var inspirert av de tyske standardvilkår VOB/B var NS 3430 i tillegg inspirert av standardvilkårene brukt i tilvirkningskontrakter innenfor petroleumsindustrien.¹⁴ Særlig NF 87 og de etterfølgende NF 92 og NF 05 har på flere steder tilsvarende reguleringer som NS 3430 og den påfølgende NS 8405. Kilder som omhandler petroleumskontraktene kan derfor også ha relevans ved tolkningen av entreprisestandardene.

NF 87 og de etterfølgende standardene bærer preg av å være inspirert av anglo-amerikansk kontraktstradisjon. Siden NF 87 har vært en inspirasjon for bestemmelsene i NS 3430 vil kilder som omhandler amerikanske og engelske kontrakter også kunne ha relevans for forståelsen av de norske kontraktene der problemstillingene er sammenfallende.¹⁵

I mangel av andre kilder vil juridisk teori kunne bidra med forslag til rimelige tolkninger. Vekten av uttalelser i teorien må imidlertid avgjøres ut fra styrken i argumentasjonen.¹⁶

1.3 Det videre opplegget

I punkt 2 vil jeg først ta for meg endrings- og avbestillingsreglene i NS 8405. Disse danner utgangspunktet for vurderingen av hvordan reduksjoner av kontraktens volum behandles. Deretter vil jeg i punkt 3 gå gjennom reguleringen av reduksjoner som ikke skyldes pålegg fra byggherren. I punkt 4 vil jeg ta for meg materielle begrensninger i byggherrens kompetanse til å redusere oppdraget, mens jeg i punkt 5 kort vil gå nærmere inn på rettsvirkningene av at kompetansen overskrides.

¹⁴ Barbo (1997) s. 13

¹⁵ Barbo (1997) s. 13

¹⁶ Eckhoff, Rettskildelære 2000 s. 269-271

2 Generelt om endrings- og avbestillingsreglene i NS 8405

2.1 Innledning

Reglene om endringer finnes i NS 8405 kapittel IV i punkt 22.1. Avbestillingsreglene er plassert i kapittel VIII i punkt 38.1. Selv om reglene er plassert i to forskjellige kapitler henger de nøye sammen. Endrings- og avbestillingsreglene er begge kontraktsmekanismer som håndterer avvik fra det opprinnelig avtalte arbeidet.

Som nevnt kan oppdraget reduseres både ved at byggherren pålegger entreprenøren en reduksjon og det kan reduseres som følge av avvik i poster som er regulerbare. I det følgende vil det gis en generell oversikt over endrings- og avbestillingsreglene. Disse reglene er primært kompetanseregler som angir utgangspunktet for byggherrens rett til ensidig å pålegge entreprenøren å redusere oppdraget, men inneholder også regler om avvik i regulerbare masser.

2.2 Utgangspunkt

Det generelle utgangspunktet i norsk rett er at avtaler skal oppfylles etter sitt innhold.¹⁷ Unntak fra dette utgangspunktet krever et klart grunnlag.¹⁸ Innenfor den alminnelige obligasjonsretten har det gjennom lovgivning, rettspraksis og teori blitt utviklet generelle regler for å endre en bindende avtales innhold. Reglene om avtalerevisjon etter avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger er sentrale. Mer praktisk er imidlertid kontraktsfestede endringsmekanismer som gir en part rett til ensidig å endre forpliktelsen. Dette gjelder særlig i dynamiske forhold som tilvirkningskontrakter. En kontraktsfestet endringsmekanisme er ikke egentlig et unntak fra hovedregelen om at avtaler skal holdes. Så lenge endringskompetansen følger av avtalen vil et pålegg om endring være en overholdelse av kontrakten.¹⁹ Entreprenørens forpliktelse er således ikke endelig fastsatt ved kontraktsinngåelsen.²⁰

¹⁷ NL 5-1-2

¹⁸ Woxholt (2006) s. 24 og 25

¹⁹ Kaasen, Tfr 03, 2005 s. 237 "Dynamisk kontraktsrett" - et fruktbart begrep?

²⁰ Hagstrøm, utvalgte entrepriserettslige emner (1997) s. 20

Endrings- og avbestillingsreglene er som nevnt kontraktmekanismene byggherren har til å ensidig pålegge reduksjon i omfanget av et oppdrag. I det videre vil kompetansen til å redusere oppdraget gjennom endringer og avbestilling stedvis bli omtalt ved samlebetegnelsen *reduksjonskompetansen*.

Ved siden av disse reglene gjelder det hele tiden avtalefrihet mellom partene. De står følgelig fritt til å avtale endringer underveis i kontraktens løpetid, herunder endringer i strid med den opprinnelige kontrakten.²¹ Slike endringer av kontrakten anses da som nye avtaler som har prioritet foran den gamle avtalen. Denne type avtaler vil ikke behandles nærmere i denne oppgaven.

Byggherrens endringsbehov oppstår som regel ved at han under arbeidets gang ser at han vil være bedre tjent med et annet resultat enn det han opprinnelig bestilte.²²

Begrepet *endring* dekker enhver omlegging av det kontraktsforholdet som forelå før endringen inntrådte.²³ Spørsmålet om en bestemt ytelse er omfattet av den opprinnelige fastsatte forpliktelsen avhenger av en tolkning av kontrakten etter alminnelig tolkningslære.²⁴ I NS 8405 punkt 22.1 andre ledd er endringer definert som:

"En endring kan gå ut på at entreprenøren skal yte noe i tillegg til eller i stedet for det opprinnelig avtalte, at ytelsens karakter, kvalitet, art eller utførelse skal endres, eller at avtalte ytelser skal utgå."

En *negativ endring* vil etter dette være en omlegging av kontraktsforholdet som medfører at volumet av kontrakten blir redusert.

Avbestilling betyr at entreprenøren frasier seg retten til å motta naturaloppfyllelse etter kontrakten med den andre kontraktspart.

²¹ Se også Barbo (1997) s. 4

²² Se Johansen, Byggherrens endringsret 1999 s 71

²³ Barbo (1997) s. 43

²⁴ Se Woxholt, Avtalerett (2006) del IV

Ut fra disse definisjonene er det i realiteten ingen forskjell mellom en negativ endring og en avbestilling. Slik sett er avbestillingsretten prinsipielt sett en form for endringsadgang.²⁵ En reduksjon av oppdragets omfang vil enten bli definert som en endring av oppdraget eller en avbestilling. Forskjellen mellom reduksjoner som faller inn under avbestillingsbegrepet eller endringsbegrepet er imidlertid viktig. Rettsvirkningene av de to regelsettene er forskjellige og kan være av stor betydning for kontraktpartene. Dersom reduksjonen omfattes av endringsreglene vil rettsvirkningen være at det totale kontraktsvederlaget justeres i negativ retning ut fra reglene om vederlagsjustering i punkt 25. Omfattes reduksjonen av avbestillingsreglene vil derimot entreprenøren ha krav på erstatning for det tapet han lider som følge av reduksjonen etter punkt 38.1 fjerde ledd.

I den alminnelige obligasjonsrett skilles det mellom rett til avbestilling med og uten erstatningsplikt.²⁶ Et pålegg om en reduksjon som faller innenfor endringsreglene i NS 8405 vil etter denne terminologien være en rett til avbestilling uten erstatningsplikt. En reduksjon som faller innenfor avbestillingsreglene vil tilsvare den normale avbestillingsretten i obligasjonsretten.²⁷ I de fleste tilfeller vil entreprenøren komme bedre ut økonomisk dersom en reduksjon av omfanget defineres som en avbestilling, bortsett fra i de tilfellene der kontrakten er tapsbringende.

Byggherrens endringskompetanse er i NS 8405 angitt i punkt 22.1 første ledd:

"Byggherren kan ved endringsordre pålegge entreprenøren endringer."

Bestemmelsens ordlyd gir byggherren en ensidig og uavkortet rett til å pålegge entreprenøren endringer i forhold til det avtalte oppdraget.

²⁵ Kaasen, Petroleumskontrakter (2006) s 466

²⁶ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2003) s. 235 og 236

²⁷ NS 8405 punkt 38.1 fjerde ledd

Byggherrens kompetanse til å redusere oppdraget gjennom avbestilling er gitt i punkt 38.1. Bestemmelsens ordlyd er uten reservasjoner:

"Byggherren har rett til å avbestille hele eller deler av kontraktarbeidet."

Både punkt 38.1 og punkt 22.1 etablerer etter ordlyden en materielt sett vilkårløs kompetanse til å redusere oppdraget. Ved den nærmere fastleggelsen av anvendelsesområdet for bestemmelsene må ordlyden likevel leses med de begrensninger som eventuelt følger av andre bestemmelser i kontrakten, eller av begrensninger etter alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, slik som den ulovfestede lojalitetsplikt som gjelder i kontraktsforhold. Ettersom både punkt 22.1 og punkt 38.1 gir kompetanse til å redusere kontraktsarbeidet vil grensedragningen mellom reduksjoner definert som endringer og reduksjoner definert som avbestilling være viktig. Denne grensen vil behandles nærmere i punkt 4.2.

2.3 Hensyn

De hensyn som begrunner byggherrens kompetanse til å redusere oppdraget i omfang følger ikke av kontrakten. Det er heller ingen forarbeider til kontrakten, slik at det er mulig å se hvilke interesser som lå til grunn for utformingen av kompetansen. Retten til avbestilling og negativ endring er imidlertid drøftet både i den alminnelige obligasjonsretten og i forarbeidene til flere kontraktslover.²⁸ Visse generelle hensyn kan derfor utledes fra disse. I tillegg er det spesielle hensyn som gjør seg gjeldende i tilvirkningssituasjoner.²⁹ For entrepriseforhold har Sandvik formulert en kort oppsummering av hovedbegrunnelsen for endringsadgangen. Denne er også gjengitt i forarbeidene til bustadoppføringslova.³⁰

"Utformingen av byggverket får langvarige konsekvenser; byggverk blir stående i tiår kanskje i hundreår, og lar seg ikke like lett som mange andre produkter erstatte

²⁸ Se for eksempel Ot.prp. nr. 21 (1996-97) s. 47-50 og s. 81-82 om endring og avbestilling i bustadoppføringslova.

²⁹ Se kjøpsloven § 52 og dens forarbeider Ot.prp.nr.80 (1986-1987) s. 103-106.

³⁰ NOU 1992-9 Forbrukarentrepriseslov s. 33 og 34

med andre etter hvert som behovet tilsier det. Og samtidig strekker selve produksjonsprosessen seg over tid; ved større arbeider går det flere år fra avtalen er sluttet til byggverket er fullført. I løpet av byggetiden kan det lett tenkes å bli klart at den opprinnelig fastsatte utforming ikke er helt hensiktsmessig. Særlig det forhold at detaljprosjekteringen, med utarbeidelse av arbeidstegninger o.l, foregår etter at kontrakten er sluttet, bidrar til at en blir oppmerksom på at det er ønskelig å gi byggverket en utforming som skiller seg fra den som er angitt i kontrakten. Er arbeidet ennå ikke utført, vil det fortone seg som betenkelig å holde fast ved en utjenlig utførelse med de langvarige ulemper dette vil medføre."³¹

For en nærmere gjennomgang av de generelle hensyn som begrunner reglene om endringer og avbestilling vises det til Hagstrøm.³²

For temaet i denne oppgavens del er det sentrale hvilke hensyn som kan begrunne en begrenset reduksjonsadgang. Dette på grunn av at reduksjonskompetansens utgangspunkt i punkt 22.1 første ledd og 38.1 første ledd er angitt uten materielle vilkår.

Fra entreprenørens side er det flere hensyn som taler for at adgangen til å gjøre endringer i forhold til det opprinnelig avtalte arbeidet er så snever som mulig. Først og fremst vil entreprenørens interesse av å kunne gjennomføre oppdraget som avtalt være begrunnet ut fra økonomiske hensyn. Reduseres den inngående pengestrømmen kan dette medføre likviditetsproblemer for entreprenøren. Behovet for å kunne planlegge egen økonomiske stilling står også sentralt. En entreprenør påtar seg gjerne en rekke oppdrag og beregner hvordan ressursene skal prioriteres ut fra størrelsen på de ulike oppdragene.

Videre vil misbrukshensynet spille inn ved avveiningen av hvor vid byggherrens reduksjonskompetanse bør være. Reduksjonskompetansen er, som vist over, i utgangspunktet uten vilkår. Dette gir byggherren mulighet til å anvende denne kompetansen uansett hvilken begrunnelse han har for å gjøre det. Dette kan åpne for

³¹ Sandvik, Kommentar til NS 3401 (1977) side 122

³² Hagstrøm, Obligasjonsrett (2003) s. 234

misbruk. Med misbruk menes det at byggherren benytter sin reduksjonskompetanse til å forfølge formål som i utgangspunktet ikke er en del av den legislative begrunnelsen for kompetansen. Misbrukshensynet kan langt på vei avhjelpes ved at byggherren blir pålagt erstatningsplikt for det tap entreprenøren lider ved reduksjonen.

Også andre hensyn enn de direkte økonomiske taler, sett fra entreprenørens side, for å begrense byggherrens reduksjonskompetanse. I de fellesnordiske forarbeider til kjøpslovens bestemmelse om avbestillingsrett for tilvirkningskjøp fremheves flere hensyn som ikke er av direkte økonomisk art.³³ Tilvirkerens interesse av å få innpass i et marked, at arbeidet skal stå som referansearbeid, at han har gjort særskilte investeringer eller at tilvirkeren har en spesiell interesse i å opprettholde sysselsettingen kan alle begrunne at reduksjonskompetansen bør være snever. I forarbeidene til bustadoppføringslova formuleres entreprenørens interesse slik:

*"Også for entreprenøren kan omfattande endringar og tilleggsarbeid vera ei ulempe, sjølv om ein legg til grunn at han skal haldast økonomisk skadeslaus ut frå vederlagsreglane. Entreprenøren kan ottast at byggherrens økonomi ikkje kan bera endringane og tilleggsarbeida, slik at prosjektet ikkje kan fullførast. Vidare kan endringar og tilleggsarbeid vera vanskelege å passe inn i entreprenørens produksjonsopplegg ved at maskiner og mannskap må omdisponerast, leveransar må avbestillast osv."*³⁴

Entreprenørens interesse av å kunne gjennomføre arbeidet som avtalt er både av ren økonomisk art og av andre mer praktiske grunner. Disse hensynene må veies opp mot byggherrens interesse av å kunne gjøre justeringer i prosjektet underveis. Før jeg går nærmere inn på kompetansebestemmelsene skal særspørsmålet om reduksjoner som skjer uten pålegg fra byggherren behandles.

³³ NU 1984: 5 s. 321

³⁴ NOU-1992-9 Forbrukarentrepriselov s. 34

3 Reduksjon i oppdragets omfang som ikke skyldes pålegg fra byggherren

3.1 Innledning

Temaet for denne delen av oppgaven er den kontraktsrettslige reguleringen av reduksjoner i kontraktens volum som ikke kommer etter pålegg fra byggherren. Det spesielle ved problemstillingen er at reduksjonen i volumet skjer uten at byggherren har foretatt seg noe etter avtaleinngåelsen. Hovedårsaken til at slike avvik oppstår er at anslaget over de regulerbare massene som er angitt i prosjekteringsdokumentene ikke stemmer overens med det faktiske forbruket. Som det skal vises er endrings- og avbestillingsreglene sentrale også for slike avvik, selv om spørsmålet faller utenfor drøftelsen av byggherrens kompetanse til å redusere oppdraget.

Et entrepriseoppdrag ser dagens lys i det øyeblikket byggherren bestemmer seg for å oppføre et bygg, eller gjøre annet arbeid på fast eiendom. Byggherren har en plan om hvordan resultatet av arbeidet skal se ut og starter prosjekteringen ut fra denne idéen. Prosjekteringen består i å lage en detaljert beskrivelse av utføringen av prosjektet. Idéen vil utvikle seg og være i konstant forandring etter hvert som prosessen skrider frem.

Prosjekteringsarbeidet resulterer i et beskrivelsesdokument. Beskrivelsesdokumentet beskriver oppdraget helt ned til den minste detalj. Det fremgår for eksempel hvor mange vinduer et bygg skal ha, hvor mange meter rør i ulike typer og dimensjoner som trengs, hvor mye sement som beregnes forbrukt og så videre. Norsk Standard har utviklet et standardisert beskrivelses- og kalkulasjonsdokument kalt NS 3420.

Byggherrens prosjektering danner grunnlaget for entreprenørens angivelse av pris på prosjektet. Dersom prosjektet settes ut på anbud vil beskrivelsesdokumentet være grunnlaget for priskonkurransen. Entreprenøren(e) angir pris på de enkelte postene i beskrivelsesdokumentet, og den totale kontraktssummen fremkommer etter en summering av alle enkeltpostene. Kontraktens enkelte poster kan enten være regulerbare eller faste. Fastpris innebærer at entreprenøren får risikoen for eventuelle avvik. Det at en post er regulerbar betyr at forbruket som er angitt i beskrivelsesdokumentet kun er et anslag. Entreprenøren angir en enhetspris for hver

enkelt post, og den endelige prisen som skal betales for utførelsen blir avregnet etter det faktiske forbruket. Inkludert i enhetsprisen er et påslagstall som representerer entreprenørens fortjeneste. For eksempel kan det stå i beskrivelsesdokumentet at det vil brukes 100 meter sementrør. Entreprenøren angir en enhetspris for hvor mye en meter rør vil koste. Dersom det går med 90 meter sementrør vil prisen på posten avgjøres ved at enhetsprisen for en meter rør multipliseres med 90.

Hvor langt i prosjekteringsprosessen byggherren har kommet når han utarbeider beskrivelsesdokumentet vil ha betydning for hvor presise angivelsene av mengdene i de regulerbare postene er. Dersom prosjektet blir lagt ut på anbud før detaljprosjekteringen er helt ferdig er muligheten større for at mengdene som er estimert ikke stemmer med hva det faktiske forbruket vil ende på. Dette medfører at det endelige vederlaget byggherren skal betale vil kunne ende lavere enn den anslåtte kontraktssummen. Spørsmålet i neste avsnitt er hvordan en slik reduksjon av det avtalte omfanget behandles etter NS 8405 og NS 8406. Dette spørsmålet er kun relevant for utførelsesentrepriser etter NS 8405 og 8406, da det er entreprenøren som har ansvaret for prosjekteringen i en totalentreprise etter NS 8407.

3.2 Reduksjon i kontraktssummen som følge av avvik i regulerbare masser

Dersom de regulerbare mengdene i postene gjennomgående er satt for høyt vil det endelige vederlaget byggherren skal betale kunne ende opp lavere enn den anslåtte kontraktssummen. Spørsmålet i dette avsnittet er hvordan en slik reduksjon skal behandles etter NS 8405.

I punkt 38.1 tredje ledd reguleres reduksjoner i kontraktssummen:

"Dersom reduksjonen av entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider er mindre enn 15 % av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom reduksjonen blir 15 % av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling."

Konsekvensene av at en reduksjon behandles etter reglene om avbestilling er at entreprenøren har krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen, typisk tapt fortjeneste.³⁵ En reduksjon som behandles etter bestemmelsene om endringer fører på sin side til at vederlaget skal reduseres etter punkt 25. Ved en slik vederlagsjustering vil ikke entreprenøren ha krav på kompensasjon for fortjenestetapet. For entreprenøren vil det derfor være en stor fordel om reduksjoner på over 15 % av kontraktssummen blir behandlet etter reglene om avbestilling. Det rettslige spørsmålet er imidlertid om punkt 38.1 tredje ledd regulerer negative avvik som skyldes variasjoner i regulerbare masser.

Det er etter punkt 38.1 tredje ledd to størrelser som skal holdes mot hverandre for å avgjøre hvilke reduksjoner som faller inn under endringsreglene og hvilke reduksjoner som faller inn under avbestillingsreglene. "*Kontraktssummen*" skal holdes opp mot det "*samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider*". Dersom nettoforskjellen mellom disse to størrelsene overskrider 15 %, vil reduksjonen behandles etter avbestillingsreglene.

Det sentrale spørsmålet er hvilke størrelser som faller inn under de to begrepene.

Uttrykket "*kontraktssummen*" er definert i punkt 2.8 som:

"Det opprinnelig avtalte vederlaget for entreprenørens oppfyllelse av sine kontraktsforpliktelser, inkludert merverdiavgift. Til kontraktssummen hører også det opprinnelig avtalte anslaget over vederlag som skal avregnes etter enhetspriser eller regning."

Kontraktssummen er det avtalte vederlaget for hele oppdraget og inkluderer det avtalte anslaget over vederlag som skal avregnes etter enhetspriser. Med andre ord er det den totalsummen partene ble enige om. Denne summen vil i de fleste tilfeller fremgå av anbudet entreprenøren har fått tilslag på.

³⁵ NS 8405 Punkt 38.1 fjerde ledd

Størrelsen som *"kontraktssummen"* skal sammenlignes med er det *"samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider"*. Bruken av ordene *"etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider"* reiser spørsmål om hvilke vederlagsendringer som er relevante ved beregningen av det *"samlede vederlag"*. Hadde bestemmelsen kun sagt at kontraktssummen skulle sammenlignes det *"samlede vederlag"* ville saken vært klar. Dersom det endelige vederlaget samlet sett ble redusert med mer enn 15 % i forhold til den avtalte kontraktssummen ville reduksjonen behandles etter reglene om avbestilling, uavhengig av hvilke årsaker reduksjonen kom som en følge av.

Ordlyden gir ikke klart svar på spørsmålet, men åpner for to tolkningsalternativer. Det ene er at passusen *"etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider"* er med for å klargjøre at alle avvik, både positive og negative, skal med i den totale beregningen av *"det samlede vederlag"*. Dette vil føre til at det er den endelige nettosummen byggherren betaler entreprenøren som sammenlignes med *"kontraktssummen"*. Det andre tolkningsalternativet er at det kun er reduksjoner og tillegg definert som *"endringsarbeider"* etter punkt 22.1 som er relevante ved beregningen av avviket fra kontraktssummen.

Dersom det kun er reduksjoner definert som endringsarbeider som er relevante ved beregningen av det samlede vederlag, må det ses hen til definisjonene av hva som er endringer etter kontrakten. Disse fremgår av punkt 22.1. Hvilke avvik i de enkelte regulerbare postene som karakteriseres som en endring fremgår av punkt 22.1 fjerde ledd. Et avvik i de enkelte regulerbare postene blir etter punkt 22.1 fjerde ledd ikke definert som en endring før avviket i *"vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten."* Punkt 22.1 fjerde ledd lyder som følger:

"Avvik i forhold til kontraktens mengdeangivelse på poster som skal avregnes etter enhetspriser (regulerbare poster), utgjør ingen endring i med mindre avviket i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten."

Problemstillingen ved tolkningen av punkt 38.1 tredje ledd blir derfor om henvisningen til "*etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider*" medfører at det er endringsdefinisjonen i 22.1 fjerde ledd som vil avgjøre hvilke avvik i regulerbare poster som kan tas med i beregningen av om grensen på 15 % er nådd.

Så vidt jeg har bragt på det rene er dette spørsmålet ikke løst i rettspraksis.

Da verken ordlyd eller rettspraksis gir svar på spørsmålet, må bestemmelsen leses i tråd med de hensyn den skal ivareta , samt hvilken løsning som fremstår som den beste i lys av reelle hensyn.³⁶

NS 8405 punkt 38.1 er en videreføring av NS 3430 punkt 28.6. Kolrud mfl. skriver om den likelydende bestemmelsen i NS 3430 hvordan en reduksjon av kontraktssummen på over 15 % skal behandles:

*"Det fremgår av ordlyden at dette er et oppgjør som må foretas i forbindelse med sluttoppgjøret, jfr. uttrykket "samlede vederlag etter fradrag og tillegg". Det er med andre ord tale om det totale vederlaget entreprenøren sitter igjen med når arbeidet med kontrakten er fullført. I motsetning til ved tilleggsarbeider etter punkt 28.1, skal også nedjusteringer av avtalt anslåtte mengder telle med her. Det er det "samlede vederlag" som det tas utgangspunkt i, medregnet prisjusteringer og andre avtalte justeringer. Det "samlede vederlag" sammenlignes med "kontraktssummen", det vil si det opprinnelig avtalte vederlag slik som definert i punkt 2.1,0 jfr. kommentaren til denne bestemmelse. Når reduksjonen sett i forhold til kontraktssummen overstiger 15 % av denne, skal reduksjonen behandles som "delvis avbestilling"."*³⁷

Kolrud fremhever her at det er det endelige vederlaget sammenlignet med det opprinnelig avtalte vederlaget som utgjør de to faktorene som må holdes opp mot

³⁶ Rt. 2010 s. 961 avsnitt 44

³⁷ Kolrud m. fl. Kommentar til NS 3430 Oslo 1992 s. 248

hverandre for å beregne differansen. Kolrud peker på at også nedjusteringer av avtalt anslåtte mengder skal telle med i det totale vederlaget entreprenøren sitter igjen med. Etter denne modellen vil det være en retts teknisk enkel operasjon å beregne avviket. Prisen byggherren endelig betaler må sammenlignes med den kontraktssummen som var anslått. Avvik på over 15 % reduksjon blir etter en slik modell definert som en avbestilling og gir entreprenøren rett til å få erstattet sitt økonomiske tap. Denne tolkningen medfører at alle reduksjoner i kontraktssummen er relevante ved beregningen av avviket. Etter denne forståelsen vil uttrykket i punkt 38.1 tredje ledd "ved endringsarbeider" ikke kunne leses som en henvisning til endringsreglene i punkt 22.1.

Barbo mener, i motsetning til Kolrud, om det samme spørsmålet i NS 3430:

*"Bestemmelsen står i kontraktens endringskapittel, og er systematisk plassert i forlengelsen av reglene om vederlag for endringer. Den taler da også om entreprenørens "samlede vederlag etter fradrag og tillegg" (min uthevelse), hvilket henspeiler på reglene i bestemmelsene foran om fradrags- og tilleggsarbeider som følge av endringsordre. Det må derfor kunne legges til grunn at det bare er netto vederlagsreduksjon forårsaket av endringsarbeider som skal regnes med. Eventuelle vederlagsendringer som følge av variasjoner i avtalt anslåtte mengder eller masser, vil således ikke være av relevans, og må holdes utenfor vurderingen."*³⁸

Barbo fremhever den redaksjonelle plasseringen av bestemmelsen som et argument for hvilke reduksjoner som er relevante ved beregningen av avviket. Dette argumentet er ikke lenger av samme vekt ved tolkningen av NS 8405. Bestemmelsen om grensen mellom endringer og avbestilling, som i NS 3430 var plassert i endringskapittelet, er i NS 8405 flyttet til avbestillingsbestemmelsen punkt 38.1 tredje ledd. Den redaksjonelle plasseringen kan ikke sies å gi noen argumenter av særlig vekt i verken den ene eller andre retning i spørsmålet om hvilke reduksjoner av vederlaget som er relevante ved beregningen av "det samlede vederlag" etter NS 8405.

³⁸ Barbo (1997) s. 123

Den redaksjonelle plasseringen av punkt 22.1 fjerde ledd er derimot av interesse for tolkningen av hvilke størrelser som er relevante ved fastleggelsen av "*det samlede vederlag*" i punkt 38.1.

At denne regelen er plassert i endringsbestemmelsen gir god mening når man ser på konsekvensene av at et avvik i den enkelte post overstiger terskelen for hva som defineres som en endring i punkt 22.1 fjerde ledd. Defineres avviket i de regulerbare postene som en endring vil dette kunne gi entreprenøren rett til å justere den avtalte enhetsprisen på den enkelte posten etter punkt 25. At terskelen for dette bør være høy er naturlig.

Endringsdefinisjonen i punkt 22.1 fjerde ledd for regulerbare masser fremstår derfor som en mekanisme for å håndtere vesentlige avvik fra den antatte mengden i de enkelte postene med den konsekvens at enhetsprisen på posten kan reguleres i henhold til punkt 25 i kontrakten.

Videre kan kontraktens risikofordeling være et argument for at byggherren bør ha risikoen for større reduksjoner enn 15 % av kontraktssummen. Et grunnleggende prinsipp i norsk entrepriserett er at "*svikt som skyldes funksjonsfordelingen i kontrakten, risikomessig fordeles etter funksjonsfordelingen.*"³⁹ Dette prinsippet er fastlagt i en rekke dommer fra Høyesterett.⁴⁰

I utførelsesentrepriser er det byggherren som i utgangspunktet har risikoen for at de angitte mengder i anbudsgrunnlaget er korrekte. Dette fremheves i en dom fra Hålogaland lagmannsrett fra 2005:

"Utgangspunktet er at byggherren som opplysningsgiver har risikoen for at opplysningene er riktige, dekkende og uttømmende. Kontraktspraksis innebærer imidlertid at entreprenøren kan ha omfattende kontrollplikt. Ved avtalt

³⁹ Se Hagstrøm Entrepriserett, utvalgte emner Oslo 1997 s. 16

⁴⁰ Først uttalt i Rt. 1917 s. 673

*mengdekontroll kan det være bestemt at entreprenøren etter at kontrakten er tildelt, skal kontrollere mengdene som er angitt i beskrivelsen og mengdefortegnelsen i anbuds- eller tilbudsgrunnlaget, mot tilsvarende mengder som fremgår av tegningene i anbuds- eller tilbudsgrunnlaget, innen en angitt frist. Dette kalles fastpriskontrakt med låste masser. Entreprenøren vil tape retten til å påberope seg feil i den opprinnelige beregning av mengdene, som han ikke har sendt melding om til byggherren innen fristen. Entreprenøren overtar derved byggherrens risiko for beregning av mengder. Byggherren vil likevel ha risikoen for riktigheten av dokumentasjonen for å kunne foreta mengdekontrollen."*⁴¹

I situasjoner der det ikke har blitt foretatt mengdekontroll er det altså byggherren som i utgangspunktet har risikoen for opplysningene om oppdraget.

Det er i praksis entreprenøren som får risikoen for at byggherrens prosjektering ikke har vært grundig nok dersom ikke alle avvik i de regulerbare massene regnes med i 15 %-grensen i punkt 38.1 tredje ledd. Dette på grunn av at det kun er den delen av avviket som i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde tatt i betraktning ved inngåelsen av kontrakten som anses som en endring i punkt 22.1 fjerde ledd. Det vil dermed kun være den delen som faktisk overstiger terskelen som i så fall skulle telle med i beregningen av 15 %-grensen i punkt 38.1 tredje ledd.⁴² Dette vil ha som konsekvens at det samlet sett kun er store avvik fra den antatte kontraktssum som vil være omfattet av regelen om avvik i punkt 38.1 tredje ledd.

En slik forskyvning av risikoen uten at det klart fremgår av kontrakten vil være i strid med utgangspunktet om at det er byggherren som har risikoen for sine angitte opplysninger i kontrakter der postene er regulerbare.

⁴¹ LH-2005-75755 under overskriften "Vederlagsberegning i entrepriseforhold"

⁴² For nærmere om spørsmålet om hvilken del av avviket som regnes med i 15 %-grensen dersom avviket er over terskelen i punkt 22.1 fjerde ledd, se Barbo (1997) s. 123 note 41

Reelle hensyn er videre til støtte for å tolke punkt 38.1 tredje ledd vidt, slik at enhver reduksjon av kontraktssummen vil være relevant ved beregningen av 15 %-grensen.

NS 8405 tar utgangspunkt i en avtalt kontraktssum basert på ganske sikre antagelser om de ulike poster i anbudsgrunnlagets størrelse og mengde. Entreprenøren beregner sitt tilbud til kontraktssum på bakgrunn av en funksjon av forventet ressursbruk og et påslagstall som representerer forventet fortjeneste. Entreprenørens forventning om at kontrakten vil gi en fortjeneste av en viss størrelse blir igjen grunnlaget for planlegging av bemanning og ressurser til andre prosjekter. Dersom byggherren kan spekulere i å sette regulerbare poster gjennomgående for høyt slik at enhetsprisene blir presset ned, vil dette skape en usikkerhet for entreprenørene som igjen vil kunne påvirke entreprenørens prissetting.

Rettstekniske hensyn er også til støtte for å ikke gjøre beregningen unødvendig komplisert. En ren nettoberegning av avviket, uavhengig av årsak, fremstår som den enkleste regelen å praktisere. Dette ved at operasjonen som må gjennomføres kun er å trekke den endelige sluttsummen fra den summen som fremgår kontrakten. Dersom man må gå inn og vurdere den skjønsmessige regelen om endringer ved punkt 22.1 fjerde ledd for hver enkelt regulerbar post, og ut fra dette finne ut hva som overstiger terskelen, vil det kunne føre til kompliserte beregninger. Dette vil også kunne være prosessfremmende.

Kontrakten ser på en balansert måte ut til å ha tatt stilling til hvor stort avvik fra den forventede pengeflyten en entreprenør skal måtte forvente. 15 %-grensen i punkt 38.1 tredje ledd fremstår som et kompromiss mellom byggherresiden og entreprenørsiden. Ved større negative avvik enn 15 % av anslått sluttsum er det rimelig at entreprenøren får erstattet sin positive kontraktsinteresse.

Marthinussen m.fl. skriver om bestemmelsen:

"Avbestilling er nå egentlig ikke vært definert som en egen "handling". NS 8405 har valgt å bruke karakteristikken "avbestilling" når netto endringer medfører en reduksjon av kontraktssummen på 15 % eller mer i forhold til det avtalte. At

*standarden velger å kalle dette for avbestilling, henger sammen med at man i et slikt tilfelle finner det rimelig at entreprenøren får erstatning for det tap han lider ved at volumet blir så mye redusert, jf. pkt. 38.1 fjerde ledd."*⁴³

De samme rimelighetshensyn gjør seg i like stor grad gjeldende der det ikke er konkrete pålegg fra byggherrens side som er årsak til reduksjonen, men byggherrens feilaktige anbudsgrunnlag og beregninger gjort i prosjekteringsfasen.

Konklusjonen er derfor at regelsettet om avbestilling i punkt 38.1 kommer til anvendelse der det totale vederlaget reduseres med mer enn 15 % netto, uavhengig av hvilken årsak reduksjonen har. Konsekvensen av at reduksjonen behandles etter reglene om avbestilling er at entreprenøren har krav på å få erstattet det økonomiske tapet han påføres som følge av reduksjonen.

3.3 Reduksjon av oppdragets omfang gjennom bruk av regningsarbeid

I flere entreprisekontrakter er det vanlig å inkludere et visst antall timer regningsarbeid i kontrakten. Ulike årsaker kan føre til at dette antallet ikke blir fullstendig utnyttet. Spørsmålet er hvordan slike reduksjoner skal behandles. Ut fra drøftelsen over reguleres også denne situasjonen av punkt 38.1 tredje ledd. Alle reduksjoner av kontraktsummen er relevante ved beregningen av den endelige vederlaget. Overstiger reduksjonen av kontraktssummen samlet sett 15 % av det opprinnelig avtalte vederlaget vil entreprenøren ha krav på å få erstattet det økonomiske tapet han lider som følge av reduksjonen.

⁴³ Marthinussen m.fl. (2010) s. 633

4 Materielle begrensninger i byggherrens kompetanse til å redusere oppdraget

4.1 Innledning

Bestemmelsene i punkt 22.1 første ledd og 38.1 første ledd angir samlet sett utgangspunktet for reduksjonskompetansen. Disse utgangspunktene er det gjort rede for i punkt 2. Problemstillingen i det følgende er hvorvidt det må oppstilles materielle begrensninger i byggherrens kompetanse til å redusere oppdraget.

Den første problemstillingen under, i punkt 4.2, er hvor stor en reduksjon som er pålagt av byggherren kan være før handlingen defineres som en avbestilling. Dette er i realiteten et spørsmål om grensen for byggherrens kompetanse til å redusere oppdraget gjennom endringsreglene og dermed uten plikt til å betale erstatning for byggherrens fortjenestetap som følge av reduksjonen. I punkt 4.3 vil kontraktens regulering av adgangen til å sette bort arbeid til andre entreprenører gjennom bruk av reduksjonsreglene behandles. I punkt 4.4 vil det bli drøftet om det er grunnlag for å tolke inn ytterligere begrensninger i reduksjonskompetansen enn de som følger av kontrakten. I punkt 4.5 reises spørsmålet om det bør oppstilles strengere krav for adgangen til å redusere et oppdrag.

4.2 Grensen mellom byggherrens endringskompetanse og byggherrens avbestillingskompetanse

Spørsmålet er hvor stor en reduksjon kan være før den blir definert som en avbestilling. Under punkt 3 i oppgaven ble det drøftet hvor stor en reduksjon må være før denne blir definert som en avbestilling der byggherren ikke har pålagt reduksjonen. Her er spørsmålet hvor grensen går der byggherren har pålagt reduksjonen.

Grensen følger direkte av ordlyden i punkt 38.1 tredje ledd:

"Dersom reduksjonen av entreprenørens samlede vederlag etter fradrag og tillegg ved endringsarbeider er mindre enn 15 % av kontraktssummen, skal reduksjonen alltid behandles etter bestemmelsene om endringer. Dersom

reduksjonen blir 15 % av kontraktssummen eller mer, anses hele reduksjonen som delvis avbestilling."

Et pålegg fra byggherren om reduksjon av oppdragets omfang vil alltid bli definert som et endringsarbeid etter punkt 22.1. Derfor oppstår ikke de samme tolkningsspørsmål som for reduksjoner i form av avvik i de regulerbare massene. Dersom byggherren pålegger entreprenøren å redusere oppdraget, og dette minsker det samlede vederlag i forhold til kontraktssummen med mer enn 15 %, vil reduksjonen behandles etter reglene om avbestilling. Konsekvensen er da at entreprenøren har rett til erstatning for sitt økonomiske tap. Dette gjelder også der det foreligger flere mindre reduksjoner som samlet sett overstiger 15 % reduksjon. Eventuelle tilleggsarbeider vil imidlertid måtte tas med i beregningen. Foreligger det eksempelvis et sett reduksjoner som tilsvarer 17 % av kontraktssummen og et tillegg på 4 % vil det samlede vederlaget bli redusert med 13 %. Reglene om endringer vil da komme til anvendelse ved fastsettelsen av det samlede vederlaget.

4.3 Forbudet mot å sette bort arbeid til andre entreprenører etter bestemmelsen i punkt 38.1 femte ledd

Byggherren kan i noen tilfeller ønske å bruke reduksjonskompetansen til å redusere oppdraget for så å sette det bort til en annen entreprenør. En reduksjon i en slik hensikt kan ha flere årsaker. For eksempel kan det tenkes at byggherren i utgangspunktet ønsker å heve kontrakten med den opprinnelige entreprenøren. Hevingsrett for byggherren forutsetter imidlertid at det foreligger et vesentlig mislighold fra entreprenøren.⁴⁴ Dette er et strengt krav. Reduksjonskompetansen som følger av både endringsregelen og avbestillingsregelen er derimot vilkårløs. Opp til 15 % av kontraktssummen kan også reduseres uten plikt til å svare erstatning. Et mulig scenario er at samarbeidsforholdet mellom kontraktspartene kjølnes under kontraktens løpetid. Byggherren kan da benytte endringskompetansen til å straffe entreprenøren ved å frata han inntil 15 % av arbeidet for så å sette det samme arbeidet bort til en annen entreprenør. Etter en ren ordlydsfortolkning av punkt 22.1 vil dette være en legitim handling.

⁴⁴ Se NS 8405 punkt 39.1 første ledd

Det kan videre tenkes at prisene i markedet faller etter kontraktsinngåelsen og at det dermed er mulig å oppnå en bedre pris hos andre entreprenører. Særlig i økonomiske nedgangstider vil markedet kunne svinge og gi byggherren mulighet til å oppnå en bedre pris fra andre entreprenører på et senere tidspunkt. Dette kan være gunstig for byggherren selv om reduksjonen overstiger 15 % og utløser erstatningsplikt for de tap entreprenøren blir påført. En tredje årsak kan være at enkelte deler av oppdraget er relativt sett høyt priset, og at det derfor kan være mulig å "skumme" kontrakten ved å ta ut disse delene og sette dem bort til en rimeligere pris.

En slik anvendelse av kompetansen vil være i strid med entreprenørens grunnleggende interesse av å kunne fastholde den opprinnelige kontrakten. NS 8405 punkt 38.1 femte ledd regulerer derfor særskilt adgangen til å sette bort et kontraktsarbeid til andre entreprenører. Denne bestemmelsen forbyr byggherren å sette bort ytelser som er omfattet av kontrakten med entreprenøren til andre entreprenører inntil "overtakelse" har skjedd.

*"Inntil overtakelse har skjedd, kan avtalte ytelser ikke utføres av andre entreprenører, med mindre entreprenøren har misligholdt sin plikt til å utbedre etter 11.2."*⁴⁵

Selv om bestemmelsen er plassert i punkt 38.1, er anvendelsen ikke særskilt begrenset til avbestillingssituasjonen. Den dekker ut fra sin generelle ordlyd også reduksjoner definert som endringsarbeider. Punkt 38.1 femte ledd er ikke et vilkår for å utløse kompetansen til å avbestille eller til å endre ytelsen ved å redusere omfanget innenfor 15 %-grensen. Bestemmelsen legger ned et generelt forbud mot å bytte entreprenør ved bruk av reduksjonsreglene inntil overtakelse har skjedd. Punkt 22.1 første ledd og punkt 38.1 første ledd må følgelig leses med den begrensning som følger av punkt 38.1 femte ledd. Bestemmelsen legger inn en forsinkelsesmekanisme i kompetanseutøvelsen. Det reduserte arbeidet kan ikke utføres av andre entreprenører før kontraktsarbeidet er overtatt av byggherren.

⁴⁵ Punkt 38.1 femte ledd

Selv om spørsmålet er regulert i kontrakten må det først spørres om det for avbestillingskompetansens del vil være i strid med ordlyden i punkt 38.1 første ledd å avbestille med det formål å sette bort arbeidet til en annen entreprenør. Spørsmålet er om det ved en naturlig språklig forståelse av ordet "*avbestille*" ligger en sperre mot å redusere oppdraget i en slik hensikt.

Ordet "*avbestille*" kan tolkes på to måter. Begrepet kan referere til situasjonen der byggherren overhodet ikke ønsker å motta det opprinnelige avtalte produktet.⁴⁶ Å avbestille i den hensikt å sette bort oppdraget til en annen entreprenør vil i så fall være i strid med ordlyden. Den alminnelige språklige forståelsen av ordet "*avbestille*" må imidlertid sees på som et begrep som brukes mellom to parter der den ene parten ikke ønsker oppfyllelse fra den andre parten. Å strekke begrepet til å omfatte at avbestilleren ikke ønsker oppfyllelse generelt vil være å gå for langt.

Spørsmålet om adgangen til å sette bort arbeid til andre entreprenører må etter dette avgjøres i henhold til spesialbestemmelsen i punkt 38.1 femte ledd.

Det nærmere omfang av bestemmelsens anvendelsesområde avhenger av hvordan ordlyden "*inntil overtakelse har skjedd*" tolkes.

Ordet "*overtakelse*" kan forstås på to måter. Begrepet kan enten sikte til den normale overtakelsesforretningen som skal skje etter standardens punkt 32.1.

Normalordningen er at overtakelse skal skje samlet for hele oppdraget. Samlet overtakelse av hele kontraktarbeidet, korrigert for de reduksjoner som er pålagt entreprenøren, må da ha blitt gjennomført før noen andre entreprenører kan utføre arbeid som opprinnelig var omfattet av avtalen.

Ellers kan ordet "*overtakelse*" tolkes til å omfatte retten til delovertakelse som reguleres i punkt 32.7 andre ledd. Etter denne bestemmelsen har byggherren rett til å overta deler av kontraktarbeidet ved overtakelsesforretning. Vilkåret for at en slik rett skal inntre er

⁴⁶ Se for drøftelse av det samme spørsmålet: Mestad i På rett grunn (2010) s. 334

at byggherren først har "*drøftet*" slik overtakelse med entreprenøren.⁴⁷ Det er ikke nærmere spesifisert i kontrakten hva en slik drøftelse må gå ut på, men ordlyden "*drøftet*" taler for at det ikke er mye som skal til før retten til delovertagelse inntreffer. Er vilkåret i bestemmelsen oppfylt følger det av formuleringen i bestemmelsen at byggherren får en rett til å deloverta uavhengig av hvilke innvendinger entreprenøren måtte ha mot dette.

Det er noe tvilsomt om retten til delovertakelse utgjør en fordel for byggherren i form av at han raskere kan sette arbeid bort til andre entreprenører. Retten til delovertakelse kan enten forstås som en rett til å overta en del av arbeidet som allerede er utført. Ellers kan det forstås som en rett til også å overta arbeid som ikke enda er utført. Ved den siste forståelsen vil byggherren kunne avbestille en del av entreprisen og deretter kreve delovertakelse av den avbestilte delen med den hensikt at en annen entreprenør skal utføre arbeidet. I så fall vil punkt 38.1 femte ledd ikke utgjøre en effektiv forsinkelsesmekanisme mot å sette bort arbeid til andre entreprenører. Løsningen på spørsmålet er ikke klar. Hensynet til kontraktens system kan tale for av at retten til delovertakelse sikter til arbeid som er utført. Mestad heller også i denne retningen.⁴⁸ Uansett vil retten til delovertakelse kunne skape flere tvilsomme spørsmål.⁴⁹

Etter en ren ordlydsfortolkning omfatter ordet "*overtakelse*" i punkt 38.1 femte ledd både samlet overtagelse og delovertagelse. Det følger av rettspraksis at det må foreligge sterke holdepunkter for å ikke anvende regelen etter den naturlige språklige forståelsen.⁵⁰ Formålet til bestemmelsen kan synes å være nettopp å hindre at byggherren utnytter reduksjonskompetansen til å sette bort arbeid til andre entreprenører så lenge entreprenøren fortsatt jobber med oppfyllelsen av den opprinnelige kontrakten. Dette kan tale for at "*overtakelse*" kun sikter til den ordinære overtakelse av hele entreprisen etter punkt 32.1 og ikke til delovertakelse.

⁴⁷ Se punkt 32.7 andre ledd

⁴⁸ Mestad i På rett Grunn (2010) s. 335

⁴⁹ For eksempler på slike problemer se Mestad i På rett Grunn (2010) s. 335 og 336

⁵⁰ Se Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59

Mestad skriver imidlertid om tolkningen av begrepet:

"Men utan meir presise haldepunkt kan ikkje ordet "overtakelse" i pkt. 38.1 femte ledd tolkast slik at det berre gjeld samla overtaking" ⁵¹

Det spinkle kildematerialet synes ikke å danne grunnlag for å tolke ordlyden i punkt 38.1 femte ledd innskrenkende, særlig med hensyn til Høyesteretts vektning av ordlyd i standardkontrakter.

Utgangspunktet etter standarden er derfor at så lenge overtakelsesforretning har funnet sted, enten helt eller delvis, står byggherren fritt til å sette arbeid bort til andre entreprenører, selv om dette arbeidet opprinnelig var omfattet av kontrakten.

4.4 Er det grunnlag for innskrenkende fortolkning av reduksjonskompetansen?

De foreløpige konklusjonene basert på kontraktens bestemmelser viser at byggherren har en vilkårløs rett til å utnytte reduksjonskompetansen så lenge påbudet i punkt 38.1 femte ledd overholdes.

Det kan likevel spørres om det i visse tilfeller må oppstilles ytterligere begrensninger i adgangen til å redusere oppdraget i enn de som følger direkte av kontrakten.

Det sentrale hensynet bak byggherrens reduksjonskompetanse i punkt 22.1 første ledd og 38.1 første ledd er, som nevnt under punkt 2.3, hensynet til at han ikke skal bli tvunget til å motta noe han ikke ønsker på grunn av at han har endret oppfatning av sitt behov under byggeprosessen. I de fleste tilfeller er det nettopp denne motivasjonen byggherren har når han bruker reduksjonskompetansen. For eksempel ved at han trenger åtte etasjer fremfor de planlagte ti i bygningen han bestilte og derfor ønsker å redusere omfanget av entreprisen med to etasjer. Den generelle utformingen av bestemmelsene som gir rett til å redusere oppdraget gir imidlertid byggherren kompetanse til å redusere oppdraget uansett hvilken begrunnelse han har for å gjøre det.

⁵¹ Ola Mestad i På rett grunn s. 355

NS 8405 inneholder for eksempel ikke noe krav om at reduksjonen må være saklig begrunnet.

Situasjonen der byggherren setter bort arbeid som opprinnelig var omfattet av kontrakten til en annen entreprenør er det mest praktiske eksempelet på bruk av reduksjonskompetansen til et formål som ikke er en del av det tiltenkte anvendelsesområdet for bestemmelsene. Det er av den grunn punkt 38.1 femte ledd er tatt inn i kontrakten. Som vist ovenfor kan det imidlertid være begrenset hvor god beskyttelse denne bestemmelsen i realiteten gir entreprenøren.

Et annet eksempel på en utnyttelse av reduksjonskompetansen til et formål som ikke er en del av hensynene bak bestemmelsene er situasjonen der byggherren ønsker å utføre arbeidet selv. Denne situasjonen er ikke omfattet av punkt 38.1 femte ledd.

Problemstillingen i de følgende avsnitt er hvorvidt det er grunnlag for å tolke reduksjonskompetansen innskrenkende der byggherren benytter sin kompetanse til å redusere oppdraget for å sette arbeid bort til andre entreprenører eller at han ønsker å gjøre det selv.

Kolrud hevdet i kommentarutgaven til NS 3430 om den likelydende bestemmelsen som punkt 38.1 første ledd at avbestilling "*i den hensikt å la byggeprosjektet fortsette med ny entreprenør må ha saklig grunn*".⁵² Utsagnet er ikke nærmere begrunnet i kommentarutgaven. Et slikt utsagn gir ikke tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å oppstille et krav om saklig grunn for å bytte entreprenør ved hjelp av avbestillingsreglene. Påstanden gir imidlertid mulighet for å undersøke hvorvidt det *kan* være grunnlag for å oppstille et slikt krav. Kolruds påstand gjelder avbestillingsadgangen, men det må spørres om et slikt krav også kan gjelde for endringsadgangen etter punkt 22.1 første ledd.

⁵² Kolrud, Kommentar NS 3430 (1992) side 252

Et mulig grunnlag for å oppstille et tilleggskrav om saklig grunn kan være den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Et annet mulig grunnlag kan være avtaleloven § 36.

Siden det her er tale om en standardkontrakt mellom profesjonelle parter synes den alminnelige lojalitetsplikten som det mest nærliggende grunnlaget. Dersom en kontraktsbestemmelse rammes av avtaleloven § 36 vil den i de aller fleste tilfeller uansett rammes av den ulovfestede lojalitetsplikten. Jeg vil derfor undersøke om den alminnelig lojalitetsplikten kan danne grunnlag for å oppstille et krav om at reduksjoner av oppdragets omfang med den motivasjon å sette det bort til en annen entreprenør eller for å gjøre det selv må ha saklig grunn. Det blir i så fall et sammenfall mellom lojalitetsvurderingen og kravet om saklig grunn. Et krav om saklig grunn for bytte av entreprenør kunne derfor også vært formulert som et krav om at byttet ikke må være illojalt.

Et krav om saklig grunn ved utnyttelse av reduksjonskompetansen i den hensikt å la byggeprosjektet fortsette med ny entreprenør vil utgjøre en materiell begrensning av kompetansen som ikke følger av kontraktens ordlyd. Under den forutsetning at det er rettskildemessig grunnlag for å oppstille en slik begrensning vil det neste spørsmålet være det nærmere innholdet av kravet om saklig grunn.

Med utgangspunkt i Høyesteretts uttalelser om at ordlyden i standardkontrakter må tillegges betydelig vekt, kreves det sterke holdepunkter til for å begrunne en innskrenkende tolkning av bestemmelsene.⁵³

I det følgende kommer det først en generell oversikt over hvordan den ulovfestede lojalitetsplikten kan komme inn ved tolkningen av NS 8405, deretter mer konkret hvordan den eventuelt kan anvendes på de enkelte spørsmålene.

4.4.1 Kontraktspartenes lojalitetsplikt

I NS 8405 punkt 5 er det kontraktsfestet en lojalitetsplikt mellom partene:

⁵³ Se Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59

"Partene er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten."

Det fremgår av ordlyden at partene er forpliktet til å samarbeide og vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten. Det nærmere innholdet av lojalitetsplikten er ikke presisert i bestemmelsen eller noe annet sted i kontrakten. NS 8405 suppleres imidlertid av den alminnelige ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold. Dette er slått fast i en nylig avsagt dom fra Høyesterett hvor det uttales:

*"Jeg er ikke uenig at det også for avtaleforhold som reguleres av Norsk Standards ulike kontraktsbestemmelser, kan gjelde en ulovfestet lojalitetsplikt"*⁵⁴

I mangel av andre holdepunkter i kontrakten er det nærliggende å tolke bestemmelsen i punkt 5 som en henvisning til den ulovfestede lojalitetsplikten.

Den ulovfestede lojalitetsplikten er et alminnelig rettslig prinsipp som har kommet til uttrykk i forskjellige lover og i rettsavgjørelser innenfor alle deler av kontraktsretten. For en nærmere beskrivelse av lojalitetspliktens rettslige forankring vises det til Nazarians fremstilling.⁵⁵ Den ulovfestede lojalitetsplikten er en rettslig standard hvor gjennomslagskraften varierer fra sak til sak. Innholdet av standarden har ikke på en klar måte blitt uttrykt av Høyesterett i generell form.⁵⁶ Juridisk teori forklarer standarden som at partene i en viss utstrekning plikter å ta vare på den andres interesse.⁵⁷ Lojalitetsstandarden er svært skjønnsmessig, men i den juridiske teori er det oppstilt visse minstevilkår på bakgrunn av Høyesteretts praksis. Nazarian formulerer minstevilkårene for at standarden skal komme til anvendelse slik:

⁵⁴ Rt. 2011 s. 65 avsnitt 43. Dommen gjaldt forståelsen av NS 8401 uten at det har betydning for spørsmålet.

⁵⁵ Nazarian, Lojalitetsplikt i kontraktsforhold (2007) s. 85 til 87.

⁵⁶ Se Nazarian (2007) s. 195

⁵⁷ Se Nazarian (2007) s. 195

*"Lojalitetssubjektet må avstå fra å utføre en handling som kan påføre medkontrahenten negativ effekt, hvis det ut fra medkontrahentens beskyttelsesverdige forventninger vil være klanderverdig å utføre den."*⁵⁸

I en situasjon der byggherren benytter reduksjonskompetansen vil lojalitetssubjektet være byggherren og medkontrahenten vil være entreprenøren. Dette på grunn av at det er byggherren som sitter på kompetansen til å redusere oppdraget og dermed *"utføre en handling"*. Den nærmere anvendelsen av lojalitetsstandarder beror på en konkret vurdering av de enkelte tilfellene basert på generelle momenter oppstilt i Høyesteretts praksis. For denne oppgavens del er spørsmålet om lojalitetsplikten kan danne grunnlag for å tolke byggherrens kompetanse innskrenkende for det tilfellet at han ønsker å benytte reduksjonskompetansen på en måte som er i strid med de hensyn som begrunner kompetansen.

I det videre må det skilles mellom reduksjoner definert som endringsarbeider og reduksjoner definert som en avbestilling. Et slikt skille er naturlig på grunn av forskjellen i rettsvirkninger. Vurderingen av hvorvidt lojalitetsplikten gir grunnlag for en innskrenkende fortolkning av kompetansebestemmelsene vil kunne slå forskjellig ut avhengig av om entreprenøren blir holdt økonomisk skadesløs eller ikke.

4.4.2 Er det grunnlag for å tolke endringskompetansen innskrenkende der byggherren setter et kontraktsarbeid bort til en annen entreprenør etter overtakelse?

Ved prøving av endringskompetansens rekkevidde forutsettes nå en faktisk situasjon der byggherren benytter endringskompetansen til å plukke ut deler av arbeidet innenfor 15 % - grensen i punkt 38.1 tredje ledd, for så å sette disse delene bort til en annen entreprenør. Det forutsettes videre at byggherren vil overta bygget i henhold til reglene om overtakelse i punkt 32 før den nye entreprenøren kommer inn, slik at bortsettelsen ikke vil være i strid med punkt 38.1 femte ledd. Siden byggherren fortsatt ønsker arbeidet utført kan han ikke begrunne reduksjonen ut fra det hovedhensyn som ligger til

⁵⁸ Se Nazarian (2007) s. 326

grunn for endringskompetansen. Hans behov har ikke endret seg, han ønsker kun at en annen entreprenør skal utføre det planlagte arbeid.

Ut fra en ren ordlydsfortolkning gir reglene i punkt 22.1 første ledd sammenholdt med punkt 38.1 femte ledd byggherren kompetanse til å pålegge entreprenøren negative endringer i en slik hensikt. Spørsmålet er om en slik reduksjon vil være i strid med den alminnelige lojalitetsplikten.

Minstevilkårene for at lojalitetsplikten skal komme til anvendelse er angitt i punkt 4.4.1. Spørsmålet er om byggherren ved å utføre den ovenfor beskrevne handlingen vil påføre entreprenøren en negativ effekt slik at det ut fra entreprenørens beskyttelsesverdige forventninger vil være klanderverdig å utføre den.⁵⁹

Det første spørsmålet er om en slik handling vil påføre entreprenøren en negativ effekt. Hva som ligger i kravet til negativ effekt er etter Høyesteretts praksis først og fremst et krav om en negativ økonomisk effekt, men det trenger ikke være begrenset til kun økonomiske forhold.⁶⁰

Det fremstår som klart at en reduksjon i en slik hensikt vil påføre entreprenøren en negativ effekt. Entreprenøren vil kunne få sitt vederlag redusert med opp til 15 % i forhold det opprinnelig avtalte vederlag. Han vil ha besparelser i form av lavere kostnader, men han vil samtidig tape fortjeneste. I visse tilfeller priser entreprenøren enhetspriser taktisk for å være konkurransedyktig i anbudsrunden. I dette ligger det at noen deler av entreprisen kan være priset med en lav fortjenestemargin, mens andre deler kan være priset med en høyere margin. Dersom endringskompetansen benyttes av byggherren til å plukke ut de delene med høyest fortjenestemargin vil dette kunne gjøre oppdraget nærmest ulønnsomt for entreprenøren.

⁵⁹ Se Nazarian (2007) s. 326

⁶⁰ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1128 og en oppsummering av andre kilder i Nazarian kapittel 33.1

Det neste spørsmålet er om entreprenøren har en beskyttelsesverdig forventning om at byggherren ikke vil gjennomføre en reduksjon i en slik hensikt, og at det ut fra denne forventningen vil være klanderverdig av byggherren å gjennomføre endringen.

Vurderingen er relativ og sammensatt. Avgjørelser fra Høyesterett som anvender lojalitetsplikten i kontraktsforhold fremholder at vurderingene er skjønnsmessige, og momenter som taler for klanderverdighet på samme tid kan tale for at parten har en beskyttelsesverdig interesse i at handlingen ikke blir utført.⁶¹

Det må følgelig foretas en helhetsvurdering. Det ligger i sakens natur at dersom det er klanderverdig av byggherren å foreta en type handling, vil også entreprenøren ha en beskyttelsesverdig interesse i at handlingen ikke utføres.

Uttrykket klanderverdig viser til en mer subjektiv vurdering av partens skyld. Byggherrens hensikt med å sette arbeidet bort til en annen entreprenør vil derfor stå sentralt i vurderingen av klanderverdigheten. Dersom byggherren kan påvise at omleggingen er saklig begrunnet i eksempelvis hensynet til forsvarlig fremdrift eller teknisk og organisatorisk rasjonell prosjektstyring, skal det mye til for å fastslå at det er klanderverdig å benytte seg av endringsadgangen selv om hensikten er å sette arbeidet bort. Hensynet til utelukkende å spare penger, eksempelvis ved å "skumme kontrakten" for relativt sett dyre deler ved å la andre entreprenører gjennomføre arbeidet, er imidlertid vanskeligere å forene med de hensyn som begrunner endringskompetansen. Også andre motiver som det å skulle straffe entreprenøren eller lignende kan betraktes som illojalt.

Mot dette kan det innvendes at kontrakten inneholder en bestemmelse i punkt 38.1 femte ledd som direkte regulerer adgangen til å sette bort arbeid til andre entreprenører. Bestemmelsens ordlyd setter en grense for når en annen entreprenør kan komme på banen. Begge partene har godtatt kontraktsvilkårene ved avtaleinngåelsestidspunktet. Partene er i tillegg profesjonelle og har presumtivt gode forutsetninger for å beregne den risikoen en kontrakt medfører. En antitetisk tolkning av punkt 38.1 femte ledd

⁶¹ Følger forutsetningsvis av for eksempel Rt. 1988 s. 1078 på s. 1084

tilsier at byggherren har rett til å la andre entreprenører utføre arbeid omfattet av den opprinnelige kontrakten etter at overtakelse har skjedd. Før avtaleinngåelsen vet entreprenøren at han kan bli utsatt for en reduksjon av et slikt omfang. Han bør derfor kalkulere inn denne risikoen når han utformer anbudet. Dette taler mot at entreprenøren har en beskyttelsesverdig forventning om at byggherren ikke reduserer oppdraget for å så sette bort arbeidet til en annen entreprenør.

Ordlyden i punkt 38.1 femte ledd omfatter som nevnt reduksjoner definert som endringsarbeider. Den redaksjonelle plasseringen kan imidlertid tale for at bestemmelsen primært retter seg mot avbestillingstilfellene, da den er plassert i punkt 38.1 som omhandler avbestilling.

Videre vil balansen mellom kontraktspartene være relevant. Forrykkes balansen gjennom byggherrens handlinger vil dette være et moment som kan tale for at entreprenøren har en beskyttelsesverdig interesse av at byggherren ikke gjennomfører en slik reduksjon.

Det er i denne sammenheng et hensyn av betydelig vekt at en negativ endring innenfor 15 %-grensen vil være en reduksjon uten erstatningsplikt for byggherren. Dette er noe som bare i meget begrenset utstrekning anerkjennes i den alminnelige kontraktsretten.⁶²

I dom fra Eidsivating lagmannsrett er det uttalt at en reduksjon av et arbeid i den hensikt å la en annen entreprenør utføre arbeidet er et pålegg som faller utenfor anvendelsesområdet til endringsreglene. En slik reduksjon må derfor behandles etter reglene om avbestilling. Sakens faktum var at byggherren hadde pålagt entreprenøren å ikke utføre et avtalt påstøp-arbeid. Årsaken til pålegget var at han ønsket at en annen entreprenør skulle utføre det.

"Lagmannsretten bemerker at den faktiske situasjonen her er på det rene. Byggherren ønsket fortsatt de aktuelle påstøp-arbeidene utført. Han ønsket imidlertid at arbeidene skulle utføres av en annen entreprenør. Dette er en

⁶² Hagstrøm, Obligasjonsrett (2003) s. 235

*situasjon som klart faller utenfor området for kontraktens pkt. 28. Byggherrens adgang etter pkt. 28 til å pålegge entreprenøren endringer gjelder riktignok også endringer i form av reduksjon av arbeidenes omfang. Men pkt. 28 må forstås med en viktig begrensning som følger av bestemmelsens formål. Formålet er å gi byggherren mulighet til å få det bygget han ønsker og har behov for, også i de tilfeller hvor ønsker og behov først blir klarlagt under selve byggeprosessen. Bestemmelsen gir derfor ikke adgang til å ta et bestemt arbeidsstykke ut av en entreprenørs kontrakt for så å få samme arbeid utført av en annen entreprenør. Dette må i tilfelle håndteres som en avbestilling etter kontraktens pkt. 29."*⁶³

Lagmannsretten peker på at endringsbestemmelsen må leses med en begrensning ut fra bestemmelsens formål. Det kan ikke etter lagmannsrettens syn være adgang til å bruke endringskompetansen når formålet er å skifte ut entreprenøren. Lagmannsretten trekker ikke inn en konkret lojalitetsvurdering, men begrunner den innskrenkende fortolkningen kun i bestemmelsens formål. At en kontraktsbestemmelse benyttes i strid med det tiltenkte formål kan i seg selv være tilstrekkelig til å begrunne en innskrenkende fortolkning. Det kan imidlertid også være et relevant moment i den totale skjønnsmessige vurderingen som må foretas ved fastleggelsen av grensene for partenes lojalitetsplikt. Det er verdt å merke seg at lagmannsretten godkjenner selve reduksjonen, men pålegger byggherren erstatningsplikt for de tap entreprenøren lider ved at den behandles etter reglene om avbestilling. Konsekvenser av at endringskompetansen overskrides vil behandles nærmere i punkt 5.

I juridisk teori har det blitt hevdet at det å bruke endringskompetansen til å sette bort arbeidet til andre vil være illojalt og dermed i strid med den alminnelige lojalitetsplikt. Barbo skriver om den samme problemstillingen i NS 3430:

"Enkelte sikre utgangspunkter må i denne forbindelse kunne oppstilles. For det første må det være klart at byggherren ikke har rettmessig adgang til å frata

⁶³ LE-1998-648 punkt 3.5 Avbestilling av påstøp. Kontrakten som omtales er bygget på NS 3430 med enkelte endringer og tilføyelser som ikke har relevans for spørsmålet som her drøftes.

*entreprenøren arbeid som ligger innenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelser, for å la en annen entreprenør utføre arbeidet i stedet. (...) Den motsatte regel ville muliggjøre en uholdbar og klart illojal mulighet for skumming, og en kontraktsklausul i denne retning ville utvilsomt stå i faresonen for sensur, jfr. avtaleloven § 36."*⁶⁴

Barbo oppstiller som et sikkert utgangspunkt at byggherren ikke har en rettmessig adgang til å frata entreprenøren arbeid og sette dette bort til en annen entreprenør. NS 3430 hadde ikke en regel som uttrykkelig regulerte adgangen til å sette arbeid bort til andre entreprenører. Utsagnet kan derfor ikke opprettholdes like kategorisk for NS 8405 siden kontrakten nå uttrykkelig regulerer situasjonen. Det gir likevel en antydning på at vernet etter punkt 38.1 femte ledd muligens ikke er sterkt nok.

I standardkontrakten brukt i petroleumsindustrien er spørsmålene om adgangen til å redusere arbeidet gjennom endringer og avbestillinger i utgangspunktet tilsvarende regulert som i NS 8405. NF 05 angir standardvilkår for fabrikasjon av større komponenter til petroleumsvirksomheten på norsk kontinentalsokkel.⁶⁵ Kontrakten inneholder ikke en tilsvarende bestemmelse som NS 8405 punkt 38.1 femte ledd, men endringskompetansen er ellers lik.

Kaasen er ikke like kategorisk som Barbo. Han mener grensen for det illojale går der endringskompetansen faktisk brukes til "skumming" av kontrakten:

"Forsåvidt er det ikke noen hindring for negative endringer at arbeidsoperasjonene i stedet skal utføres av andre leverandører. Men her må det trekkes en grense mot misbruk ved at selskapet "skummer fløten" ved å ta ut relativt dyre deler av kontrakten for å sette dem ut til billigere leverandører. I ekstreme tilfeller kan dette føre til at leverandøren blir sittende med bare lavt prisede deler, som var kommersielt forsvarlig for ham ved kontraktsinngåelsen bare i sammenheng med de høyere prisede elementene. En slik fremgangsmåte

⁶⁴ Barbo (1997) s. 94

⁶⁵ Se: Kaasen, Petroleumskontrakter (2005) s. 19

*kan åpenbart ikke aksepteres. Alminnelige kontraktsrettslige krav til lojalitet i kontraktsforhold, kanskje formalisert gjennom avtl. § 36, må lede til begrensning i den tilsynelatende ubegrensede myndighet for selskapet"*⁶⁶

De hensynene Kaasen tar opp er også relevante for entrepriseoppdrag som reguleres av NS 8405, NS 8406 eller 8407.

I den danske AB 92 er endringsadgangen tilsvarende regulert som i de norske standardkontraktene. Om denne typen reduksjon uttaler Johansen i likhet med de norske teoretikerne:

*"Entreprenørens utførelsesret må indebære, at bygherrens påbud om mindreydelser skal være reelle, og i det omfang bygherren anvender ændringsretten til delvist at udskifte entreprenøren, foreligger der misligholdelse. en sådan adfærd vil tillige være i strid med redelig handlemåde, jf. afitl. § 36."*⁶⁷

Det fremstår etter dette som en utbredt oppfatning i teorien at en negativ reduksjon gjennom bruk av endringsreglene, kun i den hensikt å sette arbeidet bort til en annen entreprenør, er å betrakte som illojalt. En slik reduksjon vil etter dette være en klanderverdig handling i strid med byggherrens beskyttelsesverdige interesse.

Uttalelsene fra lagmannsretten og den juridiske teorien, bortsett fra Kaasen, tar ikke noe forbehold for tilfeller der byggherren kan begrunne bortsettelsen ut fra rasjonelle motiver. Dette kan muligens forklares med at det sjeldent finnes rasjonelle grunner for å redusere oppdraget med så lite som 15 % med den hensikt å sette arbeidet bort til en annen entreprenør. Det kan i samme retning hevdes at de rasjonelle grunnene for å sette arbeid bort til andre entreprenører vil omfattes av for eksempel hevingsreglene, eller unntaket i punkt 38.1 femte ledd om situasjoner der entreprenøren opptrer kontaktstridig eller det konstateres skader på kontraktsarbeidet jf. punkt 11.2 .

⁶⁶ Kaasen, Petroleumskontrakter (2005) s. 334

⁶⁷ Johansen, Bygherrens Ændringsret s. 202

Det er imidlertid viktig å huske utgangspunktet for drøftelsen, som er at ordlyden gir byggherren en vilkårsløs rett til reduksjon. Det kreves et klart grunnlag for å innskrenke dette utgangspunktet.⁶⁸ Høyesterett har ved anvendelsen av lojalitetsplikten som grunnlag for innskrenkende tolkning lagt vekt på den subjektive hensikten ved handlingen. Kan byggherren begrunne reduksjonen ut fra rasjonelle motiver skal det mye til før dette anses som et brudd på lojalitetsplikten.

Det avgjørende i vurderingen blir etter dette hvilken underliggende subjektiv hensikt byggherren har for å sette arbeidet bort til en annen entreprenør.

Det er etter dette grunnlag for å tolke byggherrens kompetanse i punkt 22.1 innskrenkende der entreprenøren ikke kan gi en saklig begrunnelse for hvorfor han ønsker å sette bort arbeidet til en annen entreprenør.

Konklusjonen er at det vil være i strid med den alminnelige lojalitetsplikten å bruke endringsreglene til å redusere omfanget av oppdraget i den hensikt å sette arbeidet bort til andre entreprenører så lenge bortsettelsen ikke er saklig begrunnet. Det er dermed rettskildemessig grunnlag for å oppstille et tilleggskrav saklig grunn for bruk av endringskompetansen i en slik hensikt.

4.4.3 Er det adgang til å redusere oppdraget ved bruk av endringskompetansen for å så utføre arbeidet selv?

I noen tilfeller ønsker byggherren å ta ut deler av oppdraget for å utføre det selv. For eksempel kan dette være for selv å legge taket på bygningen, eller å ta seg av asfalteringen av en nylig opprettet veitrasé. Under forutsetning av at dette ikke reduserer kontraktsummen med mer enn 15 % er spørsmålet om også en slik reduksjon vil være en illojal handling overfor entreprenøren.

Drøftelsen vil i store trekk være lik som under behandlingen av spørsmålet om å sette et arbeid bort til en annen entreprenør. En sentral forskjell er imidlertid at en reduksjon i

⁶⁸ Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 59

en slik hensikt ikke er regulert i kontrakten. Punkt 38.1 femte ledd regulerer kun adgangen til å sette bort arbeid til en annen entreprenør. Vurderingen blir igjen om reduksjonen er i strid med lojalitetsplikten partene imellom. Det er klart at en slik reduksjon vil påføre entreprenøren en negativ effekt. Spørsmålet er utelukkende om en reduksjonen er klanderverdig og i strid med entreprenørens beskyttelsesverdige interesser.

Sitatet fra Eidsivating dom som er gjengitt over gir støtte for at også en reduksjon i denne hensikt vil være i strid med endringskompetansen. Særlig setningen om bestemmelsens formål gir støtte for dette:

*"Formålet er å gi byggherren mulighet til å få det bygget han ønsker og har behov for, også i de tilfeller hvor ønsker og behov først blir klarlagt under selve byggeprosessen."*⁶⁹

Spørsmålet er så vidt vites ikke kommentert direkte av noen norske teoretikere.

Wallace argumenterer i sin bok om amerikanske entreprisekontrakter at en reduksjon må være reell og at byggherrens rett til å pålegge reduksjoner

*"only contemplates genuine omissions, that is, work which is intended should not be carried out at all. The owner will generally not be entitled to use the power to omit work from the contract works in order to give it to another contractor to do, or to do the work himself, whether to a provision similar to the above clause or otherwise."*⁷⁰(min uthevelse)

Entreprenørens grunnleggende rett til å utføre arbeidet som avtalt taler for at det vil være illojalt å utnytte endringskompetansen kun i den hensikt å utføre arbeidet selv. Hensynet til det økonomiske oppgjøret entreprenøren sitter igjen med er igjen av stor betydning. Entreprenøren vil ikke få kompensert det fortjenestetapet han lider etter en

⁶⁹ LE-1998-648 punkt 3.5

⁷⁰ Hudson's Building and Engineering Contracts by Duncan Wallace, 11. utgave, London, 1995 s. 906

slik reduksjon. Unntaket for en saklig begrunnet reduksjon må imidlertid kunne gjøres gjeldende også for dette spørsmålet.⁷¹

Konklusjonen blir etter dette at også reduksjoner i den hensikt å utføre arbeidet selv vil være i strid med bestemmelsens formål og den generelle lojalitetsplikt som gjelder mellom partene. Endringskompetansen gir derfor ikke adgang til slike reduksjoner.

4.4.4 Er det adgang til å sette bort arbeid til andre entreprenører gjennom bruk av avbestillingsreglene?

Spørsmålet i dette avsnittet er om den generelle lojalitetsplikten utgjør en skranke for avbestillingsretten der denne benyttes til å sette bort kontraktsarbeidet til en annen entreprenør. Mer presist om det er grunnlag for å tolke kompetansen til å avbestille etter punkt 38.1 første ledd innskrenkende på bakgrunn av den alminnelige lojalitetsplikt.

Det er kun én sentral forskjell mellom en reduksjon definert som en avbestilling og en reduksjon definert som en negativ endring. Dette er som tidligere nevnt rettsvirkningen av klassifiseringen. Det faktum at avbestillingen gir entreprenøren rett til erstatning for det økonomiske tapet han påføres medfører at entreprenøren økonomisk sett stilles som om han hadde utført oppdraget som avtalt. Det er derfor andre hensyn enn de rent økonomiske som eventuelt må begrunne at avbestillingen representerer et brudd på lojalitetsplikten.

Det første spørsmålet blir etter dette om entreprenøren i det hele tatt blir påført en negativ effekt som følge av byggherrens avbestilling. Selv om entreprenøren får erstattet sitt direkte økonomiske tap ved avbestillingen vil den kunne påføre ham mer avledede effekter. For eksempel kan det gi negative effekter i form av signalene som sendes ut i markedet ved at fullførelsen av oppdraget blir overlatt til en annen entreprenør. Etter Høyesteretts praksis er også andre effekter enn de rent økonomiske relevante ved avgjørelsen av om medkontrahenten blir påført en negativ effekt.⁷²

⁷¹ Se punkt 4.4.2

⁷² Se f.eks. Rt. 1995 s. 1460 og Rt. 1993 s. 300, samt Nazarian kapittel 33.1

Spørsmålet om en entreprenør blir utsatt for annen negativ effekt enn det rent økonomiske må selvsagt vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Men at han *kan* bli utsatt for en negativ effekt er ikke tvilsomt. I den alminnelige obligasjonsretten fremheves realdebitors interesse av å faktisk få utføre arbeidet som en beskyttelsesverdig interesse.⁷³ Noen kontrakter inngås ikke utelukkende med det formål å oppnå mest mulig profitt, men også eksempelvis for å vinne erfaring eller å få innpass på et marked. Ved ikke å kunne utføre hele arbeidet vil derfor entreprenøren kunne tape erfaring og ressurser kan bli overflødige for perioder. Det kan derfor ikke utelukkes at entreprenøren kan bli utsatt for en negativ effekt ved en avbestilling.

Det neste og avgjørende spørsmålet i den skjønnsmessige helhetsvurderingen er om entreprenøren har en beskyttelsesverdig interesse i at byggherren ikke benytter kompetansen til å avbestille i den hensikt å sette arbeidet bort til en annen entreprenør.

Punkt 38.1 femte ledd er plassert i avbestillingsbestemmelsen. Det kan derfor være nærliggende å si at entreprenøren ved en avbestilling, i enda større grad enn ved en negativ endring innenfor 15 %-grensen, må være forberedt på at andre entreprenører kommer inn og utfører arbeidet. Punkt 38.1 femte ledd antitetisk tolket sier nettopp at det ikke er et kontraktsbrudd å la en annen entreprenør utføre det avtalte arbeidet, så lenge arbeidet er overtatt av byggherren.

Kolrud hevdet som tidligere nevnt i kommentarutgaven til NS 3430 at en avbestilling

*"i den hensikt å la byggeprosjektet fortsette med ny entreprenør må ha saklig grunn."*⁷⁴

I kommentarutgaven til NS 8405 blir dette utsagnet strukket videre til at retten til delvis avbestilling kan

⁷³ Hagstrøm, Obligasjonsrett (2003) s. 237

⁷⁴ Kolrud, NS 3430 Kommentarutgave (1992) side 252

*"legge veien åpen for byggherrens utplukk av enkelte deler som avbestilles, for så å overføres til andre entreprenører. Dette må betraktes som et misbruk av avbestillingsreglene."*⁷⁵

Etter Kolruds mening vil en avbestilling i en slik hensikt være illojal. På tross av dette uttales det at: *"Etter pkt. 38.1 femte ledd er det imidlertid tillatt."*⁷⁶

Kaasen utaler i samme retning om avbestillingsadgangen i NF 05:

*"Men dersom bakgrunnen bare er at selskapet kan få arbeidet utført billigere hos en annen leverandør, må det kanskje trekkes en grense. Det kan hevdes at det primære formål med bestemmelsen er å unngå at selskapet blir bundet til å motta noe det ikke kan bruke, ikke å sikre selskapets interesse i rent økonomisk optimalisering. Selv uten uttrykkelig støtte i art. 17.1 kan det derfor tenkes at betraktninger omkring lojalitetskrav i kontraktsforholdet fører til at selskapet ikke kan avbestille i slike situasjoner. Men i lys av den helt forbeholdsløse ordlyd skal det neppe mye av en realitetsbegrunnelse til før slike lojalitetsbetraktninger må vike."*⁷⁷

En sentral forskjell mellom bestemmelsene i NS 8405 og NF 05 er fremgangsmåten ved utmåling av erstatningen. Etter NF 05 vil leverandøren få erstattet fortjenestetapet gjennom et avbestillingsgebyr. Dette er et standardisert gebyr som beregnes ut fra en prosentandel av kontraktsprisen.⁷⁸ Det er således ikke sikkert at leverandøren får full erstatning for sitt fortjenestetap. Etter NS 8405 punkt 38.1 fjerde ledd er entreprenøren derimot sikret at han får erstattet sitt fulle tap. Dette kan tale for at lojalitetsvurderingen i enkelttilfeller kan slå forskjellig ut i NF 05 enn i NS 8405.

⁷⁵ Kolrud m.fl. NS 8405 Kommentartutgave Universitetsforlaget (2004) s. 478

⁷⁶ Kolrud m.fl. NS 8405 Kommentartutgave Universitetsforlaget (2004) s. 480

⁷⁷ Kaasen, Petroleumskontrakter (2005) s. 466 og 467

⁷⁸ Se NF 05 art. 17.3 og for nærmere behandling se Kaasen, Petroleumskontrakter (2005) s. 470 og 471

Det er det likevel en forskjell på det å inneha en erstatningsposisjon og det å få betalt for et fullt ut gjennomført oppdrag. For at entreprenøren ikke skal få likviditetsproblemer er det viktig at erstatningsoppgjøret skjer innen rimelig tid. Entreprenøren skal etter punkt 38.1 fjerde ledd ha erstattet *"det økonomiske tapet han lider"* som følge av avbestillingen. Bevisbyrden for tapet ligger hos entreprenøren. Et økonomisk oppgjør kan ofte by på uenighet om dets størrelse. Men slike problemer er like tilstedeværende i en avbestillingssituasjon der byggherren avbestiller fordi han ikke ønsker ytelsen. Argumentet har derfor mindre vekt i spørsmålet om det vil være illojalt å avbestille for å la en annen entreprenør utføre arbeidet. Argumentet er mer relevant med tanke på spørsmålet om hvorvidt det overhodet skal foreligge en avbestillingsrett.

Eidsivating lagmannsrett uttaler i dommen nevnt under punkt 4.4.2 at en reduksjon i den hensikt å sette arbeidet bort til en annen entreprenør må behandles etter reglene om avbestilling.⁷⁹ De forutsetter dermed at en bortsettelse etter en reduksjon ikke er illojalt så lenge entreprenøren får erstatning for det tapet han lider som følge av reduksjonen.

At en slik reduksjon ikke er illojalt støttes av Mestad som mener at det ikke er grunnlag for å tolke inn en grense i avbestillingsretten basert på den alminnelige lojalitetsplikt. Etter Mestads syn

*"er det klart at NS-8405:2008 nettopp tillet at ein tar ut arbeid og gir tilsvarende arbeid til andre entreprenørar. Det er akkurat ein slik situasjon femte ledd gir ein regel for. Å gjere bruk av ein slik rett er ikkje eit misbruk av kontraktsregulering, men det kunne eventuelt vore kritisert at reguleringa gir den eine parten for vidt spelerom."*⁸⁰

I forarbeidene til bustadoppføringslova følger det forutsetningsvis at det å benytte seg av avbestillingsretten til å oppnå en bedre pris ikke anses som et misbruk så lenge forbrukeren betaler full erstatning:

⁷⁹ LE-1998-648 punkt 3.5

⁸⁰ Ola Mestad i På rett grunn s. 334 og 335

*"Vil forbrukaren avbestille fordi han har fått eit betre tilbod frå ein annan entreprenør, eller fordi han har funne eit hus til sals som han heller vil ha, må han finne seg i å bøte entreprenørens tap på grunn av avbestillinga."*⁸¹

Selv om forbrukeren har en sterkere posisjon som byggherre etter bustadoppføringslova enn byggherren i kontraktsforhold mellom profesjonelle parter har det likevel en viss vekt at det forutsettes at det å benytte avbestillingretten i en slik hensikt ikke er et misbruk av reglen.

Sandvik forutsetter i kommentarutgaven til den tidligere standardkontrakt NS 3401 at det ikke vil være et misbruk av avbestillingsregelen å senere sette arbeid bort til en annen entreprenør.⁸² Det avgjørende for Sandviks standpunkt synes å være byggherrens rett til erstatning for tapt fortjeneste som følge av avbestillingen.

Det foreligger etter mitt syn ikke sterke nok grunner til å konstatere brudd på lojalitetsplikten i de tilfeller avbestillingskompetansen brukes for å sette det resterende arbeidet bort til andre entreprenører. Så lenge entreprenøren er sikret full erstatning for sitt tap, vil de hensynene som taler for en innskrenkende fortolkning av avbestillingsadgangen ikke være tilstrekkelig til å tolke inn et tilleggskrav om at bortsettelsen av arbeidet må være saklig. Dette særlig på bakgrunn av Høyesteretts vekting av ordlyden ved tolkning av standardkontrakter.

Konklusjonen blir etter dette at avbestillingskompetansen i punkt 38.1 første ledd kun må leses med den begrensning som følger av femte ledd når det gjelder spørsmålet om adgangen til å avbestille i den hensikt å sette bort arbeidet til en annen entreprenør.

4.5 Bør det oppstilles strengere krav til reduksjonskompetansen?

Det kan spørres om det bør oppstilles strengere krav til byggherrens kompetanse til å redusere oppdraget. Norsk Standards kontrakter er et resultat av forhandlinger mellom et bredt utvalg av aktører i byggebransjen. Spørsmålet om reduksjonskompetansen bør

⁸¹ NOU-1992-9 Forbrukerentrepriselov s. 49

⁸² Sandvik, Kommentar til NS 3401 (1977) s. 267

reguleres annerledes blir derfor i stor grad et spørsmål om en part har oppnådd et for godt resultat i forhandlingene. Et slikt spørsmål kan vanskelig besvares uten en bredere undersøkelse av hvordan kontraktsvilkårene i praksis fungerer mellom partene.

For å få et perspektiv på balansen mellom partene i kontrakten kan det imidlertid være relevant å se hen til hvordan spørsmålene er regulert i andre tilsvarende kontrakter. Statens Vegvesen bruker en standardisert kontrakt som bygger på NS 8405, men i en noe moderert form. FIDIC Red Book er en internasjonal standardkontrakt for utførelsesentrepriser mellom parter fra forskjellige land som også kan tjene som eksempel.

Det er to spørsmål som kan stilles i denne forbindelse. Det ene er i hvor stor grad er det bør være mulig å redusere oppdraget uten plikt til å betale erstatning for eventuelle økonomiske tap entreprenøren lider som følge av reduksjonen. Det andre er om det bør oppstilles ytterligere materielle vilkår for å utøve reduksjonskompetansen.

Når det kommer til det første spørsmålet kan man se hen til Statens Vegvesens standardkontrakt for veiprosjekter. I denne avtalen opereres det også med en grense på 15 % reduksjon uten plikt til å svare erstatning. Forskjellen er imidlertid at kontrakten ikke gir rett til erstatning av hele tapet entreprenøren påføres dersom grensen på 15 % reduksjon overskrides:

*"Entreprenøren bærer risiko for egne kostnader ved avbestillinger inntil 15 % av kontraktssummen."*⁸³

Det er etter denne bestemmelsen kun den delen av reduksjonen som overstiger 15 % som gir rett til kompensasjon for det økonomiske tapet. Dette medfører at dersom vederlaget reduseres med 17 % vil entreprenøren kun ha krav på å få erstattet sitt økonomiske tap for 2 % av vederlaget. Denne kontraktspraksisen er følgelig mindre fordelaktig for entreprenørene enn reguleringen i NS 8405/06/07.

⁸³ Eksempel på klausul fra en av Statens Vegvesens modererte standardkontrakt. Dette eksemplet er fra en moderert NS 3430 punkt 29.2 A.

Når det gjelder spørsmålet om det bør oppstilles strengere vilkår for bruk av reduksjonskompetansen kan FIDIC Red Book brukes som eksempel på en annen type utforming av reglene. I FIDIC Red Book er retten til å redusere oppdraget regulert i Sub-Clause 13.1 (Right to Vary):

"Each Variation may include (d) omission of any work unless it is to be carried out by others".⁸⁴

Det følger direkte av ordlyden at det gjelder et generelt forbud mot å redusere oppdraget i den hensikt å sette arbeidet bort til andre entreprenører. FIDIC Red Book er den mest brukte internasjonale standardkontrakten for utførelsesentrepriser og viser at det er internasjonalt akseptert at reduksjonskompetansen ikke kan brukes kun i den hensikt å sette bort arbeid til andre entreprenører. Det bør derfor vurderes i neste versjon av NS 8405 om en tilsvarende regel bør erstatte dagens punkt 38.1 femte ledd for å få mer klarhet i innholdet av regelen.

⁸⁴ FIDIC - Fédération Internationale des Ingénieurs- Conseils, the International Federation of Consulting Engineers. Mer om Fidic Red book: se Understanding the FIDIC Red Book: A Clause by Clause Commentary 2nd ed (2011) by Jeremy Glover, Simon Hughes særlig s. 263

5 Rettsvirkninger av at kompetansen overskrides

5.1 Innledning

Dersom kompetansen til å redusere oppdraget overskrides er spørsmålet hvilke konsekvenser dette vil få.

Rammene for byggherrens reduksjonskompetanse er trukket opp i avsnittene over. Dersom byggherren holder seg innenfor kompetansens rammer vil rettsvirkningen følge av kontrakten. For reduksjoner definert som negative endringer vil konsekvensen være at vederlaget reduseres med den besparelsen entreprenøren har etter reglene om vederlagsjustering i kontraktens punkt 25. Defineres reduksjonen som en avbestilling har entreprenøren krav på erstatning for det økonomiske tapet han lider som følge av avbestillingen. Et mislighold av plikten til å betale erstatning vil måtte forfølges på samme måte som ved mislighold av pengekrav i alminnelighet.

Temaet i dette punktet er konsekvensene av at byggherren overskrider kompetansen til å redusere oppdraget. Ut fra avsnittene over kan dette skje enten ved at byggherren bryter forbudet mot å sette bort arbeidet til andre entreprenører før overtakelse, eller ved at bortsettelsen etter en negativ endring innenfor 15 % av kontraktssummen ikke har en saklig grunn.

5.2 Brudd på forbudet mot å sette bort arbeid til andre entreprenører i punkt 38.1 femte ledd

Spørsmålet i dette punktet er hvilke konsekvenser et brudd på forbudet i NS 8405 punkt 38.1 femte ledd mot å sette bort arbeid til andre entreprenører før arbeidet er overtatt får for byggherren.

Siden forutsetningen om at overtagelse ikke har skjedd ligger til grunn for kompetanseoverskridelsen vil entreprenøren presumtivt fortsatt arbeide på prosjektet når den nye entreprenøren starter med utførelsen av arbeidet.

Et pålegg fra byggherren om en endring som ligger utenfor hans kompetanse vil ikke være bindende for entreprenøren. Dette fremgår ikke av noen konkret bestemmelse i

kontrakten, men må hevdes å ligge som en forutsetning for bestemmelsene. Kontrakten angir grensene for partenes rettigheter og plikter. Barbo skriver at:

*"Hvis byggherren overskrider endringskompetansen, er det et selvsagt utgangspunkt at endringsordren ikke er bindende for entreprenøren."*⁸⁵

Spørsmålet er videre om entreprenøren må påberope seg kompetanseoverskridelsen for at pålegget skal være ugyldig. I dette tilfellet vil entreprenøren bli tvunget til å ta stilling til spørsmålet om han skal påberope seg overskridelsen eller ikke. For at spørsmålet skal komme på spissen må entreprenøren nødvendigvis innstille sitt arbeid for å gi plass til den nye entreprenøren. Spørsmålet er nok høyst upraktisk og vil neppe komme opp i praksis. Skulle det imidlertid skje vil entreprenøren kunne nekte å godta at den nye entreprenøren kommer inn. Da må byggherren kreve overtakelse og så betale erstatning for de tap entreprenøren lider før den nye entreprenøren kan starte sitt arbeid.

5.3 Konsekvenser av endringspålegg som er i strid med lojalitetsplikten

Spørsmålet er hvilke konsekvenser som utløses ved bruk av endringsreglene i strid med partenes lojalitetsplikt. Formelt skjer kompetanseoverskridelsen fra byggherren i det øyeblikket han pålegger entreprenøren endringen. Det er hans subjektive hensikt som er avgjørende for lojalitetsvurderingen. Bevismessig kan det imidlertid være vanskelig å påvise hvilken hensikt byggherren har når pålegget blir gitt.

Utgangspunktet er at kompetanseoverskridelsen fører til at pålegget ikke vil være bindende for entreprenøren. Det spesielle ved denne situasjonen er imidlertid at byggherren når som helst kan bruke sin kompetanse til å avbestille arbeidet. Løsningen lagmannsretten valgte i LE-1998-648 fremstår dermed som den beste:

*"Bestemmelsen gir derfor ikke adgang til å ta et bestemt arbeidsstykke ut av en entreprenørs kontrakt for så å få samme arbeid utført av en annen entreprenør. Dette må i tilfelle håndteres som en avbestilling etter kontraktens pkt. 29."*⁸⁶

⁸⁵ Barbo (1997) s. 129

⁸⁶ LE-1998-648 punkt 3.5 Avbestilling av påstøp.

Ved å behandle kompetanseoverskridelsen etter reglene om avbestilling vil entreprenøren stilles økonomisk som om han hadde gjennomført arbeidet. Gjennomgangen av entreprenørens interesser har vist at adgangen til å få dekket fortjenestetapet i tilstrekkelig grad kompenserer for hans oppfyllelsesinteresse.

6 Register

6.1 Standardkontrakter

Norsk Standard NS 3430: Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider. 2. utgave september 1994

Norsk Standard NS 8401: Alminnelige kontraktsbestemmelser for prosjekteringsoppdrag 2010

Norsk Standard NS 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt september 2004

Norsk Standard NS 8405: Norsk bygge- og anleggskontrakt 2. utgave september 2008

Norsk Standard NS 8406: Forenklet Norsk bygge- og anleggskontrakt 2009

Norsk Standard NS 8407: Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentreprise 2011

Norsk Fabrikasjonskontrakt 2005

FIDIC-Fédération Internationale des Ingénieurs- Conseils, the International Federation of Consulting, Red Book, June 2010

6.2 Lover

Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687

Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad, 13.juni. Nr 43. 1997 (buofl)

6.3 Forarbeider

6.3.1 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp.nr.80 (1986-1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980

Ot.prp. nr. 21 (1996-97) Avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m
(bustadoppføringslova)

6.3.2 Norsk offentlig utredninger

NOU-1992-9. Forbrukarentrepriselov

6.3.3 Fellesnordiske forarbeider

NU 1984: 5 Utformingen av nya köplagar

6.4 Avgjørelser

6.4.1 Høyesterett

Rt. 1917 s. 673

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1993 s. 300

Rt. 1995 s. 1460

Rt. 1997 s. 1128

Rt. 2010 s. 961

Rt. 2010 s. 1345

Rt. 2011 s. 65

6.4.2 Lagmannsretten

Eidsivating Lagmannsrett LE-1998-648

Hålogaland Lagmannsrett LH-2005-75755

6.5 Litteratur

Barbo, Jan Einar. Kontraktsomlegging i entrepriseforhold. Oslo 1997

Eckhoff, Torstein. Rettskildelære 5. utgave ved Jan E. Helgesen Oslo 2000

Glover, Jeremy and Simon Hughes, Understanding the FIDIC Red Book: A Clause by Clause Commentary 2nd ed (2011)

Hagstrøm, Viggo. Entrepriserett, utvalgte emner Oslo 1997

Hagstrøm, Viggo. Obligasjonsrett, i samarbeid med Magnus Aarbakke. Oslo 2003

Johansen, Christian. Bygherrens ændringsret. København 1999

Kolrud m.fl. Kommentar til NS 3430 Oslo 1992

Kolrud, Helge Jakob m.fl. NS 8405 Kommentartutgave Universitetsforlaget 2004

Kaasen, Knut. Petroleumskontrakter Med kommentarer til NF 05 og NTK 05. Oslo 2006

Kaasen, Knut. Tidsskrift for rett (TfR) Nummer 3, 2005 "Dynamisk kontraktsrett" - et fruktbart begrep?

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen. NS 8405 med kommentarer. Oslo 2010

Mestad, Ola i På rett grunn - Festskrift for forening for Bygge- og Entrepriserett redigert av Jan Einar Barbo og Lasse Simonsen. Oslo 2010

Nazarian, Henriette. Lojalitetsplikt i kontraktsforhold Oslo 2007

Sandvik, Tore. Kommentar til NS 3401. Universitetsforlaget 1977

Wallace, Duncan. Hudson's Building and Engineering Contracts 11. utgave London 1995

Woxholt, Geir. Avtalerett Oslo 2006

Ussing, Henry. Enkelte Kontrakter 2. utg. 1946